



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB  
FACULDADE DE DIREITO

**CAROLINE ATAIDE DE FIGUEIREDO BEDA**

**A BUSCA DA VERDADE REAL COMO UMA ESTRATÉGIA  
RETÓRICA: A LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO ATRAVÉS DA  
PROMESSA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

BRASÍLIA  
2015

**Caroline Ataíde de Figueiredo Beda**

**A BUSCA DA VERDADE REAL COMO UMA ESTRATÉGIA  
RETÓRICA: A LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO ATRAVÉS DA  
PROMESSA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília (UnB),  
como requisito parcial para obtenção do grau  
de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cláudia Rosane Roesler

Brasília  
2015

Caroline Ataíde de Figueiredo Beda

**A BUSCA DA VERDADE REAL COMO UMA ESTRATÉGIA  
RETÓRICA: A LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO ATRAVÉS DA  
PROMESSA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

**Brasília, 23 de novembro de 2015.**

---

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cláudia Rosane Roesler  
(Orientadora - UnB)**

---

**Prof.<sup>o</sup> Dr.<sup>o</sup> Isaac Costa Reis  
(Membro - UFSB)**

---

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende  
(Membro - UnB)**

---

**Prof.<sup>o</sup> Me. Gabriel Haddad Teixeira  
(Suplente - UniCEUB)**

*À memória de meu pai,  
minha constante e eterna inspiração.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à minha família, que, hoje, infelizmente, é formada apenas por minha mãe e minha irmã; mas, mesmo diante da ausência de meu pai, permaneceu unida, mostrando-me que o amor, mesmo na perda, ainda é capaz de aumentar a cada dia e que, de fato, ele pode superar barreiras; e também a Deus, que nos deu força em toda essa jornada.

À minha mãe faço um agradecimento especial por toda sua força e dedicação, sem as quais eu não teria conseguido chegar aonde estou. Agradeço o amor incondicional que você nos ofereceu e nos oferece diariamente. Você é um exemplo de mãe e de mulher, obrigada por fazer parte da minha vida.

À minha irmã, por todo carinho, paciência e companheirismo de todos os dias. A sua presença foi importantíssima nessa jornada, obrigada por sua amizade.

À meu pai, minha grande inspiração, a quem eu tive o prazer de conviver; mas que infelizmente nos deixou tão cedo.

Agradeço, ainda, a todos os meus amigos que me acompanharam ao longo desse percurso, tanto àqueles que fiz no Sigma, com os quais compartilhei mais de 10 anos de minha vida e que já fazem parte da minha família, entre os quais, não poderia deixar de mencionar especialmente o meu grande amigo, Leo; quanto àqueles que formei ao longo do curso, que fizeram com que esses 5 anos fossem inesquecíveis, principalmente Gabi, Bruna, Marina, Giuli, Rebeca e Arthur.

Pela realização do presente trabalho, agradeço à professora Cláudia Roesler, minha orientadora, e ao professor Isaac Reis, pelos conhecimentos compartilhados tanto na disciplina de Retórica e Argumentação Jurídica, ofertada durante o curso, quanto no grupo de pesquisa; os quais me serviram de inspiração e de fundamento. Agradeço ainda ao professor Ney Bello, pela atenção e pela disponibilidade; sua ajuda e sugestões em muito enriqueceram este trabalho. Por fim, faço um agradecimento especial a três amigas: Bruna, Marina e Gabi; que de diferentes formas me auxiliaram nessa elaboração.

*Esses estão longe de serem espírito livres:  
eles crêem ainda na verdade.*

**Nietzsche, A Genealogia da Moral.**

*Como o idílio é essencialmente um mundo para todos,  
os que desejavam emigrar se revelaram negadores do idílio e,  
em vez de irem para o estrangeiro,  
foram para trás das grades.*

**Milan Kundera, O Livro do Riso e do Esquecimento.**

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a busca da verdade real dentro do processo penal sob uma perspectiva retórica, desnaturalizando tal conceito que é apresentado como uma realidade em si, como se de fato existisse uma verdade real a ser descoberta pelo magistrado e pelo processo. Objetiva-se, assim, evidenciá-la como uma construção discursiva, que só é possível na medida em que se assenta em valores compartilhados pela sociedade contemporânea; e mostrar que, por fim, ao conceder iniciativa probatória ao juiz, ela compromete qualquer imparcialidade que se pretende sustentar, fundando uma estrutura nitidamente inquisitiva. Para tanto, adotar-se-á uma visão retórica do mundo, na qual não existe nada que esteja fora e seja independente do próprio ser humano e, portanto, da linguagem, meio pelo qual ele constrói a sua própria realidade, que será, portanto, sempre artificial. Isto porque mostra-se incapaz de ter acesso a qualquer realidade que esteja fora do seu universo linguístico. A partir, então, da negação de uma noção de verdade, como algo natural e universal, buscar-se-á mostrar como esse discurso é uma estratégia retórica que, ao ocultar os mecanismos ideológicos que o sustentam e ao oferecer uma promessa de segurança jurídica, permite ao poder punitivo legitimar-se.

**Palavras-chaves:** Verdade real. Prova. Imparcialidade. Discurso. Retórica. Linguagem. Estratégia retórica. Segurança jurídica. Legitimidade. Poder punitivo.

## ABSTRACT

The present work aims to analyze the search of real truth in the criminal procedure, through a rhetoric perspective, denaturalizing this concept which is presented as a reality in itself, as if, in fact, there was a real truth to be discovered by the magistrate and the procedure. The objective is to present the truth as a discursive construction that is only possible when there is a sharing of values among this society; and, finally, to demonstrate that the attribution of a probationary initiative to the judge endangers any impartiality that one pretends to support, founding a structure crisply inquisitive. For this purpose, it will be adopted a rhetoric vision of the world, in which there is nothing that is independent or outside the human being and, thus, the language, means whereby he constructs his own reality that will always be artificial, once he is incapable of accessing any reality that is outside his linguistic universe. Then, starting from the negation of the notion of truth as something natural and universal, it will be demonstrated how this discourse is a rhetoric strategy that concealing its ideological mechanism and offering a promise of jurisdictional security allows punitive power to legitimate itself.

**Keywords:** Real truth. Proof. Impartiality. Discourse. Rhetoric. Language. Rhetoric strategy. Jurisdictional security. Legitimacy. Punitive power.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
 <b>CAPÍTULO 1 .....</b>	 <b>15</b>
<b>A VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO E O RENASCIMENTO DE UMA CULTURA INQUISITIVA .....</b>	<b>15</b>
1.1 - Considerações iniciais.....	15
1.2 - Princípio da verdade real e a garantia do interesse público.....	16
1.3 - A verdade real no Código de Processo Penal.....	19
1.4 - A Constituição Federal de 1988 como divisor de águas para a interpretação do princípio da verdade real.....	23
1.5 - A criação de uma cultura inquisitiva.....	29
1.6 - Poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade: ressuscitando o espírito inquisidor..	33
 <b>CAPÍTULO 2 .....</b>	 <b>38</b>
<b>DO ESGOTAMENTO DA MODERNIDADE À EMERGÊNCIA DA PÓS- MODERNIDADE: A RETÓRICA COMO ALTERNATIVA POSSÍVEL .....</b>	<b>38</b>
2.1 - Considerações iniciais.....	38
2.2 - Verdade, Ciência e Racionalidade .....	39
2.3 - Dos limites do método científico ao ressurgimento da Retórica .....	45
2.4 - Retórica como alternativa mais adequada para se pensar a pós-modernidade.....	50
2.4 - Pensando o Direito e a noção de "sistema jurídico" a partir de uma perspectiva retórica .....	54
 <b>CAPÍTULO 3 .....</b>	 <b>61</b>
<b>A VERDADE PENAL COMO UMA ESTRATÉGIA RETÓRICA: A LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE SOCIAL.....</b>	<b>61</b>
3.1 - Considerações iniciais.....	61
3.2 - A permanência do discurso .....	62

3.3 - Mecanismos ideológicos ocultos: o Direito Penal e Processual Penal como uma prática ideológica .....	64
3.4 - Verdade da acusação como um discurso exitoso sob a emergência da sociedade do risco .....	73
3.5 - O autoritarismo da verdade oculto na noção de segurança jurídica e a latente busca por legitimação .....	78
3.6 - A verdade como um discurso necessário ao sistema .....	85

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>87</b>
-----------------------	-----------

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>91</b>
---	-----------

## INTRODUÇÃO

Considerada como uma das grandes diretrizes e posta frequentemente pelos doutrinadores como um princípio do processo penal, a verdade real, que também aparece qualificada como substancial ou material, sempre em oposição à verdade dita formal, é buscada na tentativa de reconstrução fiel dos fatos narrados, na tentativa de uma correspondência entre a reconstrução histórica feita no processo e o que de fato aconteceu, como se isso fosse de alguma forma possível. O que se esquece é que toda e qualquer reconstrução, como o próprio nome já indica, é mediada seja pelo tempo, seja por aquele que a reconstrói, ou ainda por ambos, como é o caso do processo; e é, dessa forma, construída discursivamente através da linguagem. Diante de tal mediação, uma correspondência real é, assim, impossível.

Sendo justificada em razão do interesse público da função punitiva, na medida em que o Estado só deve restringir a liberdade e o direito de alguém, caso aqueles fatos narrados no processo sejam "realmente" verdadeiros; poder-se-ia questionar se a busca por uma verdade real não se justifica em virtude de seus propósitos altruísticos. Isto porque acarretaria segurança jurídica tanto ao acusado quanto à sociedade, já que se sustenta como uma garantia de que ninguém será preso se não for "verdadeiramente" culpado; vigorando, assim, em absoluto, o princípio da presunção da inocência.

Ocorre que essa aparência restringe-se tão somente a uma análise superficial do problema, ao mero discurso oficial através do qual ela é apresentada. Pois caso se usasse como critério para condenação a indubitável culpabilidade daquele que está sendo processado, caso se exigisse para uma eventual condenação uma reconstrução totalmente fidedigna dos fatos outrora ocorridos, na qual não houvesse nenhuma dúvida sobre qualquer ponto, tendo a mais absoluta certeza sobre tudo aquilo que ocorreu, o que se veria hoje é que, diante da impossibilidade de se alcançar essa verdade real - conceito que já foi há muito superado pela filosofia -, não se teria a condenação de ninguém. No entanto, não é isso que se vê com a simples constatação da superlotação carcerária que caracteriza os presídios brasileiros. Assim, apesar da nobreza dos seus propósitos, o que a verdade real enseja, na prática, é o aumento do número de condenações.

Isso porque, apesar de constitucionalmente vigorar o princípio da presunção de inocência, o que a busca da verdade real revela é uma busca incessante por provas. Uma vez que, diante do interesse público que ela afirma perseguir, não caberia ao magistrado contentar-se com as provas trazidas pelas partes, tendo que buscar ele mesmo a verdade real dos fatos. Essa busca excessiva culmina, assim, em dispositivos presentes no Código de Processo Penal que conferem ao juiz iniciativa probatória.

No entanto, o juiz, ao assumir uma prerrogativa que cabe apenas à acusação, qual seja, a de buscar provas, passa a acumular uma dupla função: a de julgar e a de acusar, o que viola completamente o princípio da imparcialidade, pois quem busca, busca sempre alguma coisa. Ademais, a própria noção de imparcialidade já é em si questionável, visto que o juiz, como sujeito inserido em determinado tempo e em determinada comunidade, ou seja, como sujeito social que o é, não é capaz de se livrar de seus subjetivismos e suas pré-concepções; o que já seria suficiente para se sustentar uma posição estática do juiz dentro do processo, principalmente quanto à gestão probatória. E tal problematicidade acentua-se ainda mais quando se confere a ele poderes para produzir as próprias provas que irão influir em seu "livre convencimento". Acrescenta-se ainda que tal procedimento traz à mente os tempos da Inquisição, em que, sob as mais diversas violações do direito do acusado, ocorreu o apogeu da ambição de verdade.

Ocorre que, tendo como base uma visão de mundo proporcionada pela Retórica, na qual a realidade é intermediada pela linguagem, e pela Teoria da Argumentação, fundamentada em uma noção de racionalidade discursiva, não é mais possível se falar em verdades; mas apenas em acordos linguísticos feitos por determinadas comunidades, assentados sobre valores comuns que são compartilhados. Dessa forma, qualquer discurso que ainda procure sustentá-las deve ser analisado através de uma perspectiva retórica e visto como uma estratégia retórica, que permite convencer o auditório ao qual se dirige justamente por se sustentar em valores por ele partilhados; sendo, assim, um discurso bastante persuasivo e exitoso em seus propósitos.

É, exatamente, sob essa perspectiva, adotando a Retórica como marco teórico, que se procura analisar o discurso da verdade real neste trabalho. Objetiva-se, assim, adotar a Retórica como uma forma de desnaturalizar a verdade como uma realidade em si; enxergando-a, a partir de então, como uma construção discursiva, que só é possível por se assentar em valores compartilhados pela própria sociedade que a sustenta. Através de tal

aparato metodológico, busca-se responder a seguinte indagação: de que maneira a busca da verdade real é usada como uma estratégia retórica pelo sistema penal?

A hipótese aqui levantada é que esse discurso é sustentado pelo sistema penal na medida em que possibilita a legitimação do poder punitivo. Isto porque, sob ares de racionalidade e previsibilidade, essa noção de verdade oferece uma promessa de segurança à sociedade, especialmente uma segurança jurídica; e, dessa forma, permite ao poder punitivo convencer esta sociedade sobre a sua própria necessidade, tendo como consequência direta a sua própria legitimação.

Com efeito, tal análise justifica-se pelo fato de proporcionar a desmistificação de um instituto que é posto como natural, como a-histórico e como necessário, mas que é usado como uma forma de legitimar o próprio poder punitivo e como um instrumento de controle social. Para tanto, uma análise retórica cumpre bem tal propósito, na medida em que permite aos seres humanos enxergarem a si mesmos como seres carenciais, que necessitam da linguagem para suprir essa carência e agir no mundo e, portanto, como sujeitos de conhecimento incapazes de acessar qualquer "verdade" que possa estar presente na realidade - se é que ela realmente existe.

Dessa forma, no primeiro capítulo, trazendo diversos autores da processualística penal, que vão posicionar-se tanto a favor quanto contra tal instituto, buscar-se-á traçar os contornos da busca da verdade real dentro do processo penal brasileiro, no que se refere tanto à visão adotada pelo Código de Processo Penal quanto à sua visão sob uma perspectiva constitucional, mostrando como ela se encontra relacionada com a produção de provas. Procurar-se-á, assim, demonstrar como o discurso da verdade real é usado para conferir ao magistrado iniciativa probatória e como isso, consequentemente, ressuscita um espírito inquisidor nestes magistrados; solidificando, no processo penal atual, um sistema cuja matriz é nitidamente inquisitiva.

No capítulo seguinte, por outro lado, procurar-se-á mostrar como a noção de verdade, nos moldes em que ela se apresenta contemporaneamente no processo penal, está fundada não na Inquisição; mas encontra-se remodelada a partir dos valores da cientificidade e da racionalidade típicos do pensamento moderno. Em seguida, a partir do percurso histórico que permitiu sair da modernidade e chegar ao que se pode chamar de pós-modernidade, buscar-se-á constatar, com base nos autores da Retórica e da Teoria da Argumentação, que a

verdade, como uma noção ontológica e com um caráter absoluto, não existe. Ao contrário, mostrar-se-á que ela é fruto da linguagem; sendo, portanto, construída discursivamente e retoricamente a partir de valores compartilhados por um determinado grupo, em um determinado tempo e em um determinado lugar; sendo, pois, fundada através de acordos, os quais serão sempre precários e contingenciais. Com tal propósito, trar-se-á a Retórica como uma possibilidade de se pensar a pós-modernidade e, conseqüentemente, o Direito com base em uma racionalidade discursiva.

Por fim, quanto ao terceiro e último capítulo, a partir dos elementos retóricos trabalhados no capítulo anterior, e tendo como base autores da Criminologia Crítica, objetivar-se-á evidenciar o discurso da verdade real como uma estratégia retórica; na medida em que, ao deixar os mecanismos ideológicos que o sustentam ocultos, permite ao sistema penal subsistir. Isto porque, ao se adequar às expectativas que a sociedade deposita em torno do Direito Penal e Processual Penal, principalmente como sistema apto a trazer segurança jurídica e controle da criminalidade, o discurso da busca da verdade real - apresentado sob ares de racionalidade e imparcialidade, mas que revela-se sobretudo como uma verdade da acusação - é extremamente persuasivo; possibilitando, assim, ao poder punitivo legitimar-se. Isto pois essa segurança jurídica e esse controle da criminalidade passam a ser cada vez mais exigidos nesta sociedade pós-moderna, em decorrência da intensificação do medo que a caracteriza como uma sociedade do risco.

## **CAPÍTULO 1**

### **A VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO E O RENASCIMENTO DE UMA CULTURA INQUISITIVA**

#### **1.1 - Considerações iniciais**

Este primeiro capítulo apresenta-se como plano de fundo da discussão que será suscitada nos capítulos seguintes acerca da verdade como uma estratégia retórica. Dessa forma, buscar-se-á tecer um panorama do princípio da verdade real dentro do processo penal brasileiro, ressaltando primeiramente o interesse público vinculado ao processo penal, o qual é usado para justificá-lo.

No ponto seguinte, mostrar-se-á como essa busca pela verdade se incorpora no Código Penal contemporâneo, trazendo diversos dispositivos que encontram nela o seu fundamento; evidenciando-se, assim, que sua principal decorrência é a concessão de iniciativa probatória ao magistrado, o que revela um nítido perfil inquisitivo do processo penal atual. Objetivar-se-á, em seguida, demonstrar como a Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um novo paradigma interpretativo para tal princípio; porquanto, ao afirmar uma série de garantias individuais como pressupostos do Estado Democrático de Direito, adota um nítido perfil acusatório. Perfil esse que se mostra incompatível com qualquer postura ativa do magistrado na condução do processo.

No entanto, apesar dessa nítida índole constitucional, o que se vê ainda na prática judiciária é a utilização dos dispositivos do Código Penal para justificar uma postura ativa do juiz quanto à iniciativa probatória. É sob essa perspectiva, que sustentar-se-á em seguida que a outorga de poderes investigativos de ofício ao juiz, para que ele busque a verdade, cria uma autêntica cultura inquisitiva nos tribunais brasileiros, através da figura do

juiz-inquisidor. Por fim, a concessão de tais poderes culmina ressuscitando o espírito inquisidor nos magistrados, quebrando toda a sua imparcialidade; o que procurar-se-á mostrar no último ponto.

## 1.2 - Princípio da verdade real e a garantia do interesse público

Elencada como um dos princípios do processo penal e se apresentando também sob outras denominações, como, por exemplo, princípio da livre-investigação da prova, da investigação judicial da prova ou ainda como princípio inquisitivo (TAVORA, 2013, p. 61), a verdade real é justificada pela natureza pública da função punitiva. Uma vez que, ao lidar com um bem jurídico indisponível, qual seja, a liberdade do sujeito, o Direito Processual Penal não se contenta com a mera verdade formal ou ficta, advinda da manifestação das partes.

A verdade formal, que caracteriza, por outro lado, o processo civil,<sup>1</sup> em razão deste lidar na maioria das vezes<sup>2</sup> com bens jurídicos disponíveis, que possibilitam transação, é aquela que emerge do próprio processo, através das provas e alegações trazidas

---

<sup>1</sup> Importa ressaltar que não são todos os autores que sustentam essa distinção entre a verdade civil e a verdade penal. Contudo, mesmo para aqueles que são contrários a ela, os interesses diversos com os quais cada uma dessas áreas lida autorizam a mitigação dessa verdade dentro do processo civil. Para Paulo Rangel, em decorrência da jurisdição una que vigora no ordenamento atual, não há que falar na existência de duas verdades. Sustenta, assim, que a verdade tanto no âmbito cível quanto no âmbito penal é a mesma, distinguindo-as tão somente quanto a sua concretização em consequência do interesse deduzido em juízo; sendo naquele disponível e neste indisponível. Dessa forma, em razão da disponibilidade do direito com o qual lida, torna-se desnecessário, dentro do processo civil, a busca por uma verdade material, visto que se permite às partes sobre ele transigirem. Paulo Rangel afirma, assim, que "*havendo delimitação de competência na área cível e delimitação na área penal e unidade da função de aplicar a lei ao caso concreto, a verdade, ou o consenso, dentro do processo, deve ser uma só, com possibilidade de ser mitigada diante do interesse em litígio*" (RANGEL, 2010, p. 12-13).

<sup>2</sup> Utiliza-se o termo "na maioria das vezes", pois, para a doutrina majoritária, toda vez que o processo civil lidar com interesses indisponíveis, não vigorará neste o princípio da verdade formal, mas o da real. Nesse sentido, afirmam Antonio Carlos, Ada Pellegrini e Cândido Rangel: "*... quando a causa não-penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões à verdade formal. Nas causas versando direito de família ou infortunistica, de longa data se faz presente o órgão do Ministério Público e o juiz não está vinculado ao impulso das partes.*" (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2011, p. 71).



pelas partes, assumindo o juiz aqui um papel mais passivo.<sup>3</sup> Para Marco Antonio de Barros, a verdade formal consiste em

vetusto dogma, segundo o qual, permite-se ao juiz ser mais condescendente na apuração dos fatos, sem que tenha de submeter-se ao rigor da exigência de diligenciar *ex officio* com o objetivo de descobrir a verdade, tal qual sucede no caso de aplicação do princípio da verdade material. Enquanto deste último se extrai o aceite à intervenção na colheita de provas por parte do aparelho estatal incumbido de exercer a *persecutio criminis*, no campo da verdade formal firmou-se a ideia de que a reprodução jurídica do fato exaure-se nas provas e manifestações trazidas aos autos pelas partes. Ou seja, entende-se que em tal caso é mínima, ou até inexistente, a iniciativa do juiz na produção de prova com o intuito de descobrir a verdade. (BARROS, 2013, p. 35).

É nesse sentido também que Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco conceituam a verdade formal como sendo "aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos" (2011, p. 71). Afirmam, assim, que, em decorrência dela, pode o juiz limitar-se às provas trazidas pelas partes ao processo; podendo, inclusive, rejeitar tanto a demanda quanto a defesa quando lhes faltarem elementos probatórios (CINTRA *et al.*, 2011, p. 71).

Destarte, pelo princípio da verdade formal, a produção de provas é de iniciativa das próprias partes, devendo o juiz se contentar com aquelas que lhes são apresentadas, sem se preocupar em buscar a verdade real ou material em relação àquilo que lhe é alegado, mas não contestado. Por essa razão, dentro do âmbito cível, admitem-se institutos como a revelia, quando o réu, citado, deixa de apresentar defesa, reputando-se verdadeiros todos os fatos afirmados pelo autor, conforme preconiza o artigo 319 do Código de Processo Civil<sup>4</sup>; o julgamento antecipado da lide, de acordo com o artigo 330 do CPC, nos casos de revelia ou quando não houver necessidade de produzir provas em audiência ou, ainda, quando a questão de mérito for unicamente de direito; e confere-se um elevado valor probante à confissão judicial, levando, inclusive, à resolução de mérito, quando o réu reconhecer a procedência do pedido (artigo 269, inciso II, do CPC).

---

<sup>3</sup> Para Antonio Carlos, Ada Pellegrini e Cândido Rangel, no âmbito cível, hoje, ao juiz já é possível sair dessa posição passiva que outrora o caracterizava. Afirmam, assim, que o magistrado mesmo no campo civil pode assumir iniciativa probatória; mas que pode satisfazer-se também com a mera verdade formal, quando se tratar de direitos disponíveis, "*limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios*". (CINTRA *et al.*, 2011, p. 71). Ora, afirmar que, majoritariamente, pode o juiz, no processo civil, satisfazer-se com a verdade formal, equivale a afirmar que, majoritariamente, o juiz civil assume, sim, uma posição passiva, apesar de lhe ser possível incorporar um papel mais ativo dentro do processo.

<sup>4</sup> Ressalta-se que o Código de Processo Civil a que se faz referência no presente trabalho é aquele de 1973: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

No âmbito do processo penal, ao contrário, nenhum dos institutos elencados acima são admitidos justamente por esse ter como objeto um bem jurídico indisponível.<sup>5</sup> Dessa forma, diante da relevância dos interesses que estão em jogo no âmbito do processo penal não há como cogitar, por exemplo, a produção dos efeitos da revelia quando o réu deixar de apresentar defesa. Isso porque a ampla defesa e o contraditório são garantias indispensáveis ao devido processo legal, constituindo a falta de defesa, nos termos da Súmula 523 do STF, nulidade absoluta. A confissão é um mero meio de prova, só sendo considerada quando for compatível e estiver em concordância com as demais provas produzidas, não podendo o juiz condenar apenas com base nela. No mesmo sentido, encontra-se o artigo 198 do Código de Processo Penal, o qual estipula que o silêncio do acusado não importará em confissão.

Todos esses elementos característicos do processo penal funcionam como garantias principalmente ao acusado, para que este não tenha injusta e arbitrariamente sua liberdade violada, e servem como limites ao poder punitivo do Estado. Com o intuito de trazer segurança jurídica ao réu, por meio da qual se promete que este só será condenado se efetivamente culpado, a busca da verdade real é colocada até mesmo como a principal finalidade do processo penal.<sup>6</sup> E, por isso, para a doutrina clássica faria sentido essa diferenciação entre verdade formal no processo civil e verdade real ou material no processo penal.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete:

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. (MIRABETE, 2008, p. 25).

---

<sup>5</sup> Espinola Filho, trazendo um comentário do Ministro Bento de Faria ao Código de Processo Penal, que se utiliza, por sua vez, de lição do autor italiano Florian, evidencia bem tal distinção que há no âmbito cível e no penal. Observa, assim: "*Na nossa matéria... não vigora o princípio civilístico de não ser preciso provar o que é pacífico entre as partes, aquilo sobre que estão as partes de acordo, e, pelo qual, somente um fato controvertido é objeto de prova. Se se compreende esse princípio no processo civil, onde é, na verdade, decisiva a afirmação das partes, para a posição do fato, é ele, porém, incompatível no sistema das provas penais. [...] O que conta é a convicção do juiz, e não a das partes. Não tem estas um direito de disposição sobre o objeto das provas: isso está na harmonia do caráter publicístico da investigação, que se desenvolve no processo penal*" (FARIA apud ESPINOLA FILHO, 1965, p. 436).

<sup>6</sup> Para Renato Brasileiro, "*a crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal*". (LIMA, 2014, p. 71.)

Nesse intuito de limitar o poder punitivo somente àqueles efetivamente culpados e sendo a prova, segundo Eduardo Espinola Filho (1965, p. 435), o elemento destinado a produzir a convicção de certeza do fato, é inegável a íntima ligação entre a questão probatória e a verdade real. Isto pois são as provas que vão permitir a reconstrução do fato passado, levando àquilo que o processo penal denomina de verdade. Uma vez que, diante do interesse público e indisponível com o qual lida, não poderia contentar-se apenas com juízos de verossimilhança e probabilidade, ou seja, não poderia satisfazer-se com aquilo que tem mera aparência de verdadeiro; visto que "é na órbita do Direito Penal que se pode vulnerar inestimáveis direitos e interesses individuais, dos quais a liberdade da pessoa é a sua maior expressão" (BARROS, 2013, p. 34). No âmbito penal vigora, assim, como já falado, o interesse público, o qual exige que a condenação seja decorrente de uma providência jurisdicional justa e adequada (BARROS, 2013, p. 33-35).

### **1.3 - A verdade real no Código de Processo Penal**

Como uma das principais decorrências do princípio da verdade real, tem-se que, no processo penal, ao contrário do que vigora no âmbito cível, como dito anteriormente, o juiz não deve contentar-se com as provas e manifestações trazidas pelas partes; não sendo adequado aqui um comportamento passivo por parte desse. O princípio da verdade real, dessa forma, fomenta no juiz um sentimento de busca, uma vez que está lidando com os direitos fundamentais da pessoa e com a segurança da sociedade. (NUCCI, 2013, p. 368-369).

Esse sentimento de busca pela verdade, por sua vez, culmina em certos poderes que lhe são conferidos em relação à instrução probatória, entre os quais se pode citar a produção *ex officio* de provas, que lhe permite ir além da descrição dos fatos apresentados no processo, objetivando sempre a verificação da verdade real. Para Paulo Rangel, tal concessão é a consagração do mencionado princípio,<sup>7</sup> uma vez que é "visando à descoberta (ou reconstrução) do fato cometido ... que o juiz age *ex officio*" (RANGEL, 2010, p.11).

---

<sup>7</sup> Paulo Rangel, diferentemente do que se conceituou aqui, estabelece que o princípio que vigora no Processo Penal é o da verdade processual, perante o qual a certeza a que o juiz deve chegar para alcançar a sentença é aquela que está dentro dos autos, advinda dos elementos probatórios, aos quais o magistrado deve permanecer

Diante desses poderes inquisitivos conferidos ao juiz, justificados pelos próprios desígnios altruísticos do princípio da verdade real, cuja ambição seria apenas conferir segurança jurídica tanto ao acusado quanto à sociedade frente a um poder punitivo arbitrário exercido pelo Estado, Greco Filho preleciona que

essa faculdade faz com que o juiz exerça, inclusive sobre a defesa, uma forma de fiscalização de sua eficiência, podendo destituir o advogado inerte ou determinar as provas para descoberta da verdade, ainda que sem requerimento do réu. (GRECO FILHO, 2013, p. 80).

Tais propósitos altruísticos vinculados ao princípio da verdade real e, como reflexo direto deste, atrelados também à concessão de prerrogativas probatórias *ex officio* ao juiz, acabam colocando estes como necessários e até mesmo como exigências decorrentes do caráter público dos interesses com os quais lida o Processo Penal. A virtude de tais desígnios também é corroborada por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, os quais afirmam que

diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc. (CINTRA *et al.*, 2011, p. 70).

Essa perspectiva também é sustentada por Frederico Valdez Pereira (2014), para o qual a iniciativa probatória de ofício dada ao juiz não compromete, necessariamente, sua imparcialidade, justificando-se em nome da realização da verdade e da justiça da decisão. Sustenta, pois, que se deve atentar

---

vinculado. Inclusive admite a possibilidade dessa verdade processual não corresponder àquilo que ele denomina de verdade fática. No entanto, apesar de apresentá-la de modo diverso da proposta com a qual se lida no presente trabalho, também sustenta que a atribuição de poderes *ex officio* ao juiz é uma nítida consagração do princípio da verdade processual e reconhece que tal prerrogativa é fruto do sistema inquisitivo. (RANGEL, 2010, p. 6-13).

Tal também é o posicionamento de Gustavo Badaró, para o qual a verdade presente dentro do processo penal é apenas a processual. No entanto, afirma que esta cumpre o importante papel de legitimar a atividade jurisdicional, na medida em que uma decisão só será justa se precedida da correta verificação dos fatos. Sustenta, assim, que "*mesmo aceitando-se a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa. O juiz deve procurar atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de sua ocorrência - ou inoocorrência -, realizar a justiça no caso concreto*". (BADARÓ, 2014. Versão e-book: Capítulo 9: Da prova, p. 3-4.)

para a importância, no âmbito do processo penal, da indisponibilidade dos interesses em jogo e a consequente preocupação com a pretensão de justiça e correção na decisão, fatores a indicar que a constatação pelo julgador de uma lacunosidade completável no material probatório não pode ser pura e simplesmente desconsiderada. (PEREIRA, 2014, p. 30).

Ainda segundo o autor, em outra passagem, este afirma que a formulação do processo

assentada na ideia da potestade jurisdicional como modo de exercício da soberania popular, sem encarar o processo estritamente como coisa de partes, mas que pode sim levar ao resultado justo, ao menos antevendo interesses públicos mais abrangentes como finalidade do julgamento, aceita conviver com iniciativa instrutória *ex officio* como importante mecanismo de correção das decisões e de preservação do ideal de justiça, valor intrínseco ao ordenamento jurídico e, de algum modo, legitimador do sistema. (PEREIRA, 2014, p. 112).

Com tais argumentos, poder-se-ia até mesmo acreditar na imprescindibilidade de tal princípio, em vista da nobreza de seus propósitos, sempre em prol da realização da justiça. Ora, esquecem-se os autores quantas arbitrariedades já foram cometidas em nome dessa tão almejada "Justiça"; que, da mesma forma que a "Verdade", não possui esse caráter ontológico que assim parecem sustentar, porém, um caráter relativo, sendo sempre criada discursivamente a partir de valores partilhados pela sociedade.<sup>8</sup>

Ultrapassado o pequeno adendo e retornando à perspectiva que enxerga a verdade real como imprescindível, Tourinho Filho (2010) afirma que, diante da natureza pública do interesse repressivo cuja força é incontestável, o legislador do Código de Processo Penal, em 1941, optou por consagrar "um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes" (TOURINHO FILHO, 2010, p. 59). A consagração de tal império fica bem explícita ao se visualizar a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, a qual estabelece que:

o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

---

<sup>8</sup> Por escapar aos propósitos do presente capítulo, tal concepção que enxerga a verdade, a qual também pode ser usada para o conceito de justiça, como uma construção discursiva, assentada em valores comuns partilhados por uma comunidade linguística, será detalhada no capítulo seguinte. Aqui, fez-se menção a essa concepção apenas para desconstruir o caráter ontológico de "Justiça" com o qual a maioria dos autores que sustentam a iniciativa probatória do juiz parecem lidar.

Tal ótica prelecionada na Exposição de Motivos do CPP, que, ao incentivar esse sentimento de busca da verdade pelo juiz, acaba por afirmar o princípio da verdade real, encontra-se materializada em diversos artigos do Código de Processo Penal. Entre eles, pode-se citar o artigo 156,<sup>9</sup> que faculta ao juiz ordenar, de ofício, a produção de provas, seja antes de iniciada a ação penal,<sup>10</sup> seja durante a instrução criminal ou antes de proferir a sentença. Há ainda o artigo 196<sup>11</sup> que estabelece que o juiz pode, de ofício, proceder a novo interrogatório do acusado; o artigo 209,<sup>12</sup> *caput*, que permite ao juiz requerer a oitiva de outras testemunhas, além das indicadas pelas partes; o parágrafo 1º do artigo anterior que autoriza-o, caso lhe pareça conveniente, a ouvir as pessoas a que as testemunhas se referirem; o artigo 311<sup>13</sup> que outorga ao juiz a possibilidade de decretar, de ofício, prisão preventiva, no curso da ação penal. E também o artigo 616<sup>14</sup> que permite ao órgão julgador das apelações proceder a novo interrogatório do acusado, à oitiva de outras testemunhas e à realização de outras diligências. (LIMA, 2014, p. 72).

Fora esses artigos que explicitamente conferem poderes inquisitórios ao juiz com relação à gestão probatória, há que mencionar ainda o artigo 566 que estabelece que "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa". Trazendo o termo verdade substancial, mencionado artigo acaba corroborando com essa perspectiva de uma verdade real - ou substancial - a ser

---

<sup>9</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

<sup>10</sup> Para grande parte da doutrina, o inciso I do artigo 156, que autoriza o juiz, de ofício, a ordenar, antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por violar o princípio do devido processo legal e a garantia de imparcialidade do juiz. Nucci, contudo, diverge de tal posição, sustentando a vigência plena do mencionado dispositivo. Tema este que será melhor explorado mais adiante.

<sup>11</sup> Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

<sup>12</sup> Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1o Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

<sup>13</sup> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>14</sup> Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

desvendada pelo magistrado e que se distingue de uma verdade formal construída no processo através da iniciativa das partes.

No entanto, mesmo antes do advento da Constituição de 1988 - que como se verá à frente acarretará uma mudança paradigmática em relação à interpretação que é dada a esse princípio, o próprio Código de Processo Penal, que data de 1941, já estabelece certos limites ao princípio da verdade real, que se traduzem em restrições à possibilidade de produção de provas indefinidamente, na eterna tentativa de se alcançar a verdade do caso.

Assim, não se admite revisão criminal de uma absolvição transitada em julgado, mesmo quando se descobrem novas provas acerca da culpabilidade (art. 621 do CPP). Nas ações privadas, comporta-se transação, através do perdão do ofendido (art. 58, caput e parágrafo único, do CPP). A omissão ou a inércia do querelante pode acarretar a perempção (art. 60 do CPP) (MIRABETE, 2008, p. 25). As restrições ao depoimento de testemunhas que, em razão da função, ofício, ministério ou profissão, devem guardar segredo (art. 207 do CPP). E, por fim, a possibilidade da controvérsia ser resolvida primeiramente no juízo cível, quando houver alguma questão prejudicial que verse sobre o estado civil das pessoas (art. 92 do CPP) (LIMA, 2014, p. 72).

#### **1.4 - A Constituição Federal de 1988 como divisor de águas para a interpretação do princípio da verdade real**

Com o advento da Constituição Federal de 1988 surgiram novas limitações ao princípio da verdade real. Entre as quais se deve mencionar o artigo 5º, inciso LVI, que veda o uso de provas obtidas por meio ilícitos; e o inciso XII do mesmo artigo que proíbe a interceptação telefônica, salvo por ordem judicial e nas estritas hipóteses previstas em lei.

Com a publicação da Lei 11.689 de 2008, que levou a algumas alterações no Código de Processo Penal, surgiu também uma nova limitação ao princípio da verdade real, agora com relação ao Tribunal do Júri. Modificando a redação do artigo 479 do CPP, tal lei estabeleceu a proibição da leitura de documentos ou exibição de objetos, no Plenário do Júri, que não tenham sido juntados com antecedência mínima de três dias.

Faz-se claro, entretanto, que, apesar de todas essas restrições à busca ilimitada da verdade dentro do processo penal, a principal decorrência do princípio da verdade real, que é a concessão de poderes ao juiz para determinar a produção de provas, continua sendo permitida. Ressalta, primeiramente, que, para parte da doutrina, esses poderes estão limitados ao curso do processo.<sup>15</sup> Isto porque admitir, principalmente após a Constituição de 1988, que o juiz pode, de ofício, determinar a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal - como assim determina o inciso I, do artigo 156 do Código de Processo Penal -, equivale a reconhecer e a aceitar uma atuação substitutiva daquela exercida pelo Ministério Público; o que violaria contundentemente o princípio do devido processo legal<sup>16</sup> e o da imparcialidade do juiz. Ademais, tal admissão infringiria também uma das principais prerrogativas do sistema acusatório, que é a do Ministério Público como titular da ação penal.

<sup>15</sup> Nucci, no entanto, é defensor de posição contrária, sustentando que pode, sim, o juiz, produzir provas antes de iniciada a ação penal. Afirma que *"a reforma trazida pela Lei 11.690/2008 ampliou a faculdade do juiz de determinar a formação de provas, possibilitando-lhe atuar, antes mesmo de iniciada a ação penal (inciso I do art. 156). No mais, manteve-se fiel ao já preceituado anteriormente, permitindo a produção de provas, de ofício, durante a instrução ou antes de proferida a sentença (inciso II do art. 156). É certo que não foi a introdução do atual inciso I ao art. 156 o fator determinante para que o juiz pudesse determinar a produção de qualquer prova, antes de iniciada a ação penal, uma vez que, acompanhando a investigação policial, tornava-se natural a possibilidade de exercer o seu poder geral de cautela, ordenando a colheita de alguma prova. Entretanto, passa a ser explícita essa possibilidade, não podendo a parte alegar surpresa nem tampouco parcialidade do magistrado se assim atuar"*. (NUCCI, 2013, p. 369.)

<sup>16</sup> Utiliza-se aqui a expressão devido processo legal, principalmente, no seu sentido material ou substancial; em contraposição à sua concepção formal ou procedimental, que se refere à adequação quanto às exigências formais impostas ao processo.

Isto porque, quanto ao tema tratado, poder-se-ia argumentar que o devido processo legal em seu sentido formal estaria, em tese, sendo respeitado; uma vez que a determinação de provas, de ofício, antes de iniciada a ação penal encontra respaldo em dispositivo legal. No entanto, mesmo que se adote tal concepção mais restrita do devido processo legal, para a qual este engloba um conjunto de garantias constitucionais, entre as quais estão o contraditório, a ampla defesa, o direito ao juiz natural, entre outras, considera-se que a determinação de provas, de ofício, durante a instrução criminal e, sobretudo, antes de iniciada a ação penal viola mencionado princípio; já que o Ministério Público como titular da ação penal e o direito a um juiz imparcial também são garantias que se encontram positivadas.

Contudo, ao adotar a concepção material do princípio, não há qualquer dúvida quanto a sua violação. Uma vez que o devido processo legal na sua dimensão substancial, para além da observância das exigências formais, pressupõe, segundo Fredie Didier Junior, *"um processo que [gere] decisões jurídicas substancialmente devidas"*; associando-se, assim, com a máxima da proporcionalidade e da razoabilidade em relação àquilo que se deseja proteger. (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 45)

Nesse mesmo sentido, Antonio Carlos, Ada e Cândido afirmam que, por devido processo legal, entende-se *"o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição"*. (CINTRA et al., 2011, p. 88)

Dessa forma, em um processo penal que se assume garantista - ou, ao menos, quer aparentar sê-lo - e que pretende apresentar-se como legítimo enquanto devido exercício da jurisdição, não se mostra razoável incorporar o juiz uma postura ativa, seja antes, seja após instaurada a ação penal. Isso porque tal postura provoca a total quebra da sua imparcialidade; o que, em consequência, acarreta a mitigação do contraditório e da ampla defesa, garantais imprescindíveis a um processo penal democrático.



Assim, se a denúncia não foi sequer oferecida, não há razões para o juiz, que está alheio à investigação ou, ao menos, deveria estar, requerer a produção antecipada de alguma prova, caso veja necessidade. Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 326) considera que tal dispositivo, cuja redação foi dada pela Lei 11.690 de 2008 - ou seja, uma lei que, paradoxalmente, foi promulgada após a Constituição de 1988 - é inconstitucional; pois, considerando que a jurisdição criminal inicia-se somente após a apresentação da peça acusatória, não deve o juiz tutelar a investigação.<sup>17</sup> É nesse sentido, também, a posição sustentada por Renato Brasileiro de Lima, o qual afirma que

admite-se que o magistrado produza provas de ofício, porém apenas na fase processual, devendo sua atuação ser sempre complementar, subsidiária. Na fase preliminar de investigações, não é dado ao magistrado produzir provas de ofício, sob pena de evidente violação ao princípio do devido processo legal e à garantia da imparcialidade do magistrado. (LIMA, 2014, p. 72).

Tal mudança de posicionamento, após a Constituição Federal de 1988, no sentido de ao menos delimitar os poderes instrutórios do juiz tão somente ao curso da ação penal - apesar da redação do inciso I, do artigo 156, ter sido dada por uma lei posterior a ela - fica evidente ao se comparar a redação originária do artigo 311 do CPP - e que foi mantida pela Lei 5.349 de 1967 - com a atual redação, dada pela Lei 12.403 de 2011, sobre a possibilidade ou não do juiz, de ofício, decretar prisão preventiva, no curso da investigação policial. Assim:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. (Redação original)

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício, se no curso da ação penal**, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). **(grifou-se)**

<sup>17</sup> Eugênio Pacelli de Oliveira considera ainda que "o juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação [...] No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra da inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições à inviolabilidade, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal". (OLIVEIRA, 2012, p. 326).

Enquanto pela redação original de 1941 (durante o período do Estado Novo) e pela redação dada pela Lei nº 5.349 de 1967 (durante o período da ditadura militar) possibilitava-se ao juiz a decretação, de ofício, de prisão preventiva mesmo na fase do inquérito policial; a partir da Lei nº 12.403 de 2011, como reflexo das mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, principalmente quanto à consolidação de um perfil democrático de processo penal que tende muito mais a um modelo acusatório que inquisitorial (OLIVEIRA, 2012, p. 322), a única possibilidade de decretação de prisão preventiva pelo juiz, de ofício, é no curso da ação penal. Dessa forma, não lhe é outorgado a mesma prerrogativa durante a investigação policial.

Vê-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 é o grande paradigma para a leitura do princípio da verdade real atualmente. Até porque, datado de 1941, o Código de Processo Penal adota um viés muito mais inquisitorial, o qual não corresponde ao modelo acusatório constitucionalmente afirmado. Apesar de não o adotá-lo explicitamente, uma leitura sistemática da Constituição leva a assim entender, principalmente por afirmar valores democráticos e priorizar as garantias e os direitos individuais frente ao monopólio do poder estatal. Ademais, ao estabelecer uma série de princípios, como o do contraditório e o da ampla defesa (art. 5<sup>a</sup>, LIV), do devido processo legal (art. 5<sup>o</sup>, LIV), da presunção da inocência (art. 5<sup>o</sup>, LVII); ao exigir a publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX); e ao afirmar que cabe ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública (art. 129, I); a Constituição Federal acaba delineando um nítido perfil acusatório (LOPES JR., 2014, p. 214). Segundo Aury Lopes Jr.,

basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorda-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. (LOPES JR., 2014, p. 213-214).

No entanto, apesar dessa opção constitucional pelo sistema acusatório, parte da doutrina continua defendendo a vigência de artigos do Código de Processo Penal que contrastam com a adoção de tal modelo. Entre eles se encontra o artigo 385, que possibilita ao juiz, nos crimes de ação pública, condenar mesmo quando o Ministério Público tenha se manifestado pela absolvição<sup>18</sup> ou reconhecer alguma agravante mesmo quando não tenha sido

---

<sup>18</sup> Em seu comentário ao artigo 385 do Código de Processo Penal, Nucci defende que "*do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto de sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal*

alegada.<sup>19</sup> Encontram-se também, entre eles, os demais artigos já citados anteriormente, que conferem poderes investigativos, de ofício, ao juiz. Para Greco Filho, o sistema acusatório

não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição da verdade. Neste caso, porém, a atuação inquisitiva não se faz predeterminadamente nem a favor da acusação, nem da defesa, nem compromete a imparcialidade. O que se repele é a inquisitividade na formulação da acusação, a qual deve ser privativa do Ministério Público ou do ofendido. (GRECO FILHO, 2013, p. 78).

Nesse mesmo sentido posiciona-se Nucci (2012),<sup>20</sup> que admite a iniciativa do magistrado na busca de provas com base no princípio da busca da verdade real, uma vez que lhe permitirá alcançar um extenso material probatório, que o auxiliará, por sua vez, na formação de seu convencimento. Sustenta que tal iniciativa pode ser positiva, desde que atue com base em uma prova anterior iniciada por uma das partes<sup>21</sup>; mas pode também ser negativa, quando assume a posição de defensor ou acusador, violando sua neutralidade. Assim, apesar de admitir que o processo penal brasileiro possui um juiz atuante e que isso representa uma distorção no sistema legislativo ordinário, considera que a superação de tal distorção não passaria pela retirada desses poderes conferidos ao juiz para produzir provas, mas "pela própria consciência do magistrado, encarando sua função com o máximo de rigor no tocante à imparcialidade" (NUCCI, 2012, p. 334).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2012) também considera "perfeitamente possível construir uma linha divisória entre [...] iniciativa probatória e iniciativa acusatória do juiz penal". Afirma que a iniciativa acusatória estará presente quando o juiz realizar alguma

---

*pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão [...] Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, conseqüentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la.*" (NUCCI, 2013, p. 746-747).

<sup>19</sup> Ainda sobre o artigo 385, mas agora sobre o reconhecimento, de ofício, das agravantes, Nucci sustenta que "as agravantes são causas legais e genéricas de aumento de pena, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação [...] O fato é que o magistrado não está vinculado a um pedido da acusação para reconhecê-las". (NUCCI, 2013, p. 747).

<sup>20</sup> Em seus comentários ao Código de Processo Penal, ao se pronunciar acerca da atuação de ofício pelo juiz; aduz que se trata "de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade". (NUCCI, 2013, p. 369).

<sup>21</sup> Ilustra tal possibilidade com o exemplo do juiz que, ao inquirir uma testemunha elencada por uma das partes, percebe que esta cita o nome de alguém que é fundamental para a elucidação dos fatos. Assim, na visão do autor, poderia o magistrado, sem violar sua imparcialidade, requerer, de ofício, a oitiva dessa nova pessoa. (NUCCI, 2012, p. 334).

atividade probatória que for de iniciativa da acusação, como requerer o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, na hipótese em que não o fizer o Ministério Público. Por outro lado, quando empreender alguma atividade probatória, mesmo que de ofício, que beneficie a defesa, com o objetivo de demonstrar a inocência do réu, o magistrado estará diante de uma situação em que sua iniciativa probatória não se confundirá com uma iniciativa acusatória. Tal confusão também não se dará, segundo o autor, quando a iniciativa probatória do juiz almejar a solução de alguma dúvida sobre ponto relevante; pois a dúvida aqui decorre não da ausência de provas, mas é uma dúvida com relação a alguma prova anteriormente produzida, seja acerca de sua qualidade, seja acerca de sua idoneidade. (OLIVEIRA, 2012, p. 328-329).

Semelhante entendimento apresenta-se também perfilhado por Frederico Valdez Pereira (2014), sustentando, assim, a possibilidade de convivência entre o postulado da imparcialidade e a diligência probatória de ofício quando esta prerrogativa for utilizada de maneira supletiva. Assevera, dessa forma, que

na seara penal, o juízo decisório, condenatório ou absolutório, recomenda ao menos a possibilidade ao magistrado de fechar todas as janelas abertas relativas a dúvidas quanto à matéria posta em julgamento; não se deve ignorar que a multiplicidade de situações geradas pela dialética processual escancara incertezas ao julgador as quais somente ele pode preencher quando se apresentarem relevantes ao esclarecimento dos fatos em julgamento. Ao mesmo tempo, a manutenção da imparcialidade é imposição decorrente da própria concepção de Estado de Direito orientado constitucionalmente, o que não se cogita flexibilizar, de modo que o impulso oficial deve suceder a atividade dos interessados, com a finalidade de complementá-la. (PEREIRA, 2014, p. 184).

No entanto, o autor estabelece uma contradição em seu próprio argumento, ao afirmar que a imparcialidade, por ser uma imposição do Estado de Direito, não pode ser flexibilizada. Isto porque a própria atuação supletiva que propõe já se mostra como uma forma de flexibilização do mencionado postulado.

Nessa mesma linha argumentativa, posiciona-se também José Roberto dos Santos Bedaque (2013), o qual, acentuando os propósitos altruísticos da concessão de poderes instrutórios ao juiz, principalmente quanto à realização da justiça, sustenta que não há qualquer comprometimento de sua imparcialidade. Afirma, assim, que

a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma nenhuma afeta sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz

pode, a qualquer momento, e de ofício, determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.

Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. Principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de maneira inequívoca. (BEDAQUE, 2013, p. 123).

Aury Lopes Jr. (2014, p. 213-215), por outro lado, diverge completamente das posições acima sustentadas, defendendo a total inconstitucionalidade de todos os dispositivos do CPP que são de natureza inquisitiva - posição essa que é minoritária na doutrina. Isso porque, para garantir a imparcialidade do magistrado, a carga probatória deve ser inteiramente do órgão acusador, não devendo o juiz ter qualquer tipo de ativismo probatório. Qualquer tipo de iniciativa já configura o papel do juiz-ator, típico do modelo inquisitório, e descaracteriza o papel do juiz-espectador, o qual é exigido pelo sistema acusatório. Para tanto, tal autor afirma que todos os dispositivos que conferem ao juiz poderes instrutórios devem ser rechaçados do ordenamento jurídico atual, não outorgando, dessa forma, como o faz Nucci, os limites dessa iniciativa à consciência do magistrado. Isto porque considera que "a imparcialidade do julgador decorre não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação. Não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório." (LOPES JR., 2014, p. 214). E, justamente por isso, Aury Lopes Jr. (2014, p. 214) defende a necessidade de manter o juiz distante da iniciativa probatória, para se evitar a instauração de uma estrutura inquisitória, que acaba sendo inevitável em uma atuação de ofício do juiz.

## **1.5 - A criação de uma cultura inquisitiva**

Com essa conjugação de dispositivos de índole inquisitiva, presentes em no Código de Processo Penal, com os dispositivos constitucionais, que denotam a adoção de um modelo acusatório, grande parte da doutrina sustenta, assim, que o ordenamento jurídico contemporâneo adota um sistema misto, englobando tanto o acusatório quanto o inquisitivo, já que os sistemas puros seriam apenas modelos históricos. Dessa forma, assevera que haveria

um predomínio do modelo inquisitivo na fase da investigação policial e um predomínio do modelo acusatório no curso da ação penal.<sup>22</sup>

Jacinto Coutinho (2009) rechaça tal posição, afirmando que, apesar de todos os sistemas processuais serem mistos,<sup>23</sup> isso não se deve "a simples somatória de elementos dos dois sistemas puros" (COUTINHO, 2009, p. 107); uma vez que eles não nascem a partir de preocupações filosóficas sobre os modelos processuais penais, mas a partir de opções políticas<sup>24</sup> - a Igreja Católica ligada ao Sistema Inquisitório e Henrique II, na Grã Bretanha, ligado ao Sistema Acusatório. Sustenta, assim, que

desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano. (COUTINHO, 2009, p. 109).

Dessa forma, para o autor, a caracterização de um sistema como acusatório ou inquisitório vai depender do princípio unificador<sup>25</sup> adotado, que, na sua visão, caracteriza-

---

<sup>22</sup> Para Aury Lopes Jr, essa divisão entre sistema inquisitório, durante o inquérito, e sistema acusatório, na fase processual, representa uma falácia. Isso porque, para o autor, mesmo que não se faça menção às provas produzidas durante o inquérito ao sentenciar, não há como garantir que a decisão do magistrado não tenha sido tomada com base nele. Assim, aduz que *"a fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase"*. (LOPES JR., 2014, p.106).

<sup>23</sup> Jacinto Coutinho afirma que essa ideia de sistema misto surge no Código de Napoleão, em 1808, conjugando uma investigação preliminar, realizada nos moldes inquisitoriais, com uma fase processual seguindo um modelo acusatório. Contudo, sustenta que esse processo misto sempre representou uma fraude à democracia processual. Em suas palavras: *"Salvava-se, retoricamente, pela fase processual, a democracia dos julgamentos, dando-lhes uma aparência acusatória e, assim, um espetáculo com partes, acusação e defesa, debates orais e, de certa forma, tão só a intervenção do juiz para o controle da sessão. Tudo era, contudo, só retórica de um chamado processo misto"* (COUTINHO, 2009, p. 110)

<sup>24</sup> Nesse sentido encontra-se também a posição de Aury Lopes Jr, para o qual *"os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época"* (LOPES JR., 2014, p. 91). Sustenta ainda, citando os ensinamentos de Goldschmidt, que *"los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución"*. (GOLDSCHMIDT apud LOPES JR., 2014, p.91)

<sup>25</sup> Afirma, o autor, que *"todas as ciências e teorias se fundam em princípios unificadores, ali colocados como a representação da coisa, da Verdade que, se existir, não pode ser dita, justo por faltar linguagem para tanto. Tal princípio unificador, reitor, fundante, que se coloca no lugar da Verdade que não se pode dizer, é um mito, ou seja, a verdade (com minúscula) que é dita, como linguagem, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. É o signifiante primeiro."* (COUTINHO, 2009, p. 108.)

se pela gestão da prova. O sistema será inquisitório, caso seja adotada a opção política de se conferir ao juiz a possibilidade de produzir provas no processo, e o sistema será acusatório quando essa função couber às partes.

Nesse mesmo sentido, encontra-se também a posição firmada por Aury Lopes Jr. (2014, p. 92-105), o qual sustenta que a separação das atividades de julgar e de acusar em órgãos distintos é insuficiente para caracterizar o sistema como acusatório; assim, o núcleo fundante dos sistemas também reside, para ele, na questão da iniciativa/gestão da prova. Defende que, como decorrência lógica do sistema acusatório, a iniciativa probatória deve ser atribuída sempre e tão somente às partes, pois só assim assegura-se o contraditório, com igualdade de tratamento e oportunidade a ambas as partes; a "imparcialidade e ...[a] tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal" (LOPES JR., 2014, p. 95); e se conduz também

a uma maior tranquilidade social, pois se [evitam] eventuais abusos da prepotência estatal que pode se manifestar na figura do juiz 'apaixonado' pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação. (LOPES JR., 2014, p. 96).

Constatando-se, assim, que a gestão da prova é o critério fundamental para a caracterização do sistema aderido, é inegável, quando se depara com este ordenamento, que confere amplos poderes instrutórios ao magistrado, a matriz inquisitória que o predomina. Aury Lopes Jr. (2014, p. 104) chega, inclusive, a caracterizá-lo como (neo)inquisitório. Assim, invocando sempre a busca da verdade real, criou-se uma nítida cultura inquisitiva nos tribunais brasileiros, centrada no papel ativo do juiz quanto à gestão probatória. Seguindo essa mesma linha de pensamento, Eugênio Pacelli de Oliveira assevera que

talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal. (OLIVEIRA, 2012, p. 323).

A criação de tal cultura inquisitiva nos tribunais brasileiros pode ser facilmente aferida em julgados em cujas ementas encontram-se argumentos como os listados a seguir: i) não caracteriza constrangimento ilegal, com base no princípio da verdade real, a "determinação de que as vítimas, ainda que não arroladas pelas partes como testemunhas,

venham a ser ouvidas, se os seus depoimentos foram reputados necessários pelo juiz" (TJDFT, **Acórdão n. 748890, 20130020291589HBC**); ii) o juiz é o destinatário da prova, sendo lícito a ele indeferir diligências que tenham nítido caráter protelatório e que não tenham utilidade na descoberta da verdade real, pois cabe a ele "apreciar a necessidade/utilidade da prova postulada pela parte, sendo certo que o direito de ampla defesa não está vinculado ao acolhimento de todos os requerimentos de defesa, sem exceção" (TJDFT, **Acórdão n. 782321, 20130130091563APR**); iii) a faculdade de produzir provas necessárias ao livre convencimento do magistrado não caracteriza prejuízo, visto que, atuando dentro dos limites conferidos pelo ordenamento jurídico, não atua como acusador (STJ, **AgRg no REsp: 1445776 RS 2014/0070304-6**); ou ainda iv) "o sistema acusatório não pressupõe magistrado como mero espectador estático no processo penal" (STF, **HC 109713**).

Quanto a esse último argumento, exposto no HC 109713, de relatoria da ministra Rosa Weber, esta, em seu voto, afirma que

o prefalado sistema acusatório não pressupõe magistrado como mero espectador estático no curso do processo penal, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, a iniciativa probatória ex officio.

A possibilidade de o magistrado ouvir outras testemunhas, consoante artigo 209, caput, do Código de Processo Penal ("O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes") é, segundo lição de NUCCI, "decorrência do princípio da verdade real, vigente no processo penal, além de ser, ainda, consequência do princípio do impulso oficial" (Código de Processo Penal Comentado. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 495). O sentido conferido à locução, verdade material, neste contexto, não é no sentido de pretender a busca de uma verdade absoluta ou ontológica, e sim com vistas a explicitar a limitação de disponibilidade probatória das partes no processo penal, em face da indisponibilidade da res judicanda, a exigir, assim, uma verdade não integralmente dependente da influência que, através de seu comportamento processual, as partes queiram sobre ela exercer (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 193-195). (STF, **HC 109713**).

Fica explícito, assim, que, em nome do princípio da verdade real, os tribunais brasileiros adotam e justificam práticas nitidamente inquisitoriais. Práticas estas que são centradas, principalmente, na configuração de um juiz inquisidor, que não deve ser um mero espectador estático do processo; que pode, de ofício, produzir as provas que irão influir no seu "livre convencimento"; e que pode, ele mesmo, decidir quais são as provas que têm ou não utilidade na busca da verdade real e, com isso, indeferi-las de acordo com o seu critério de conveniência.



Ocorre que essa posição conferida ao juiz dentro do processo penal compromete sua própria estrutura dialética, mitigando uma série de garantias asseguradas constitucionalmente, principalmente as do contraditório e da imparcialidade. Assim, apesar de se proclamar através da exigência de uma verdade que não seja integralmente influenciada e manipulada pelas partes, essa mesma verdade real acaba por se tornar a verdade manipulada pelo magistrado; que pode conduzir a prova e a sua produção da forma que quiser, procurando e criando os próprios mecanismos que irão influenciar no seu "livre convencimento".

### **1.6 - Poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade: ressuscitando o espírito inquisidor.**

Historicamente, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz nasce no sistema inquisitório. No sistema acusatório grego, diversamente, ao juiz, não era atribuída nenhuma iniciativa probatória, esta cabia apenas às partes. Tratava-se, pois, de um "procedimento estruturado com base na argumentação e em uma produção da verdade que era dinamizada pelo seu aspecto diagonal" (KHALED JR., 2013, p. 20). Segundo Khaled (2013), nesse momento, sim, a produção da verdade estava ligada aos propósitos altruísticos que, até os dias de hoje, ela promete cumprir, surgindo como um "mecanismo de contenção do poder punitivo e não como recurso argumentativo apto a fundamentar práticas persecutórias" (KHALED JR., 2013, p. 16).

No entanto, em Roma, no processo penal público da *cognitio* - praticado durante o período da Monarquia -, momento em que se teve o clássico modelo inquisitorial, no qual o juiz reunia as funções de acusar e julgar, já se vê um deslocamento desse sentido original de produção da verdade. Esta era produzida de maneira vertical e monológica pelo juiz, que não necessitava de qualquer provocação para agir e não encontrava qualquer limite ao seu poder instrutório e decisório, sempre em busca do melhor esclarecimento dos fatos e da descoberta da verdade. (KHALED JR., 2013, p. 22). Segundo Khaled:

Na *cognitio* encontramos a nefasta concentração das funções de acusar e julgar e, sobretudo, o elemento que a nosso ver conforma a configuração inquisitória: a possibilidade de produção de prova pelo julgador, em nome de uma desmedida ambição de verdade. A produção da verdade neste sistema era inteiramente

unilateral e desprovida de quaisquer controles que permitissem a contenção regrada do poder punitivo. Temos aqui um exemplo que revela claramente a relação espúria existente entre a pretensão de busca da verdade e o favorecimento do poder punitivo, conformando uma tecnologia processual voltado para o extermínio do acusado. (KHALED JR., 2013, p. 22).

Tais pressupostos serão retomados e intensificados pelo Direito Canônico, com o surgimento do processo inquisitório no período da Inquisição, momento em que a ambição pela verdade chega ao seu apogeu. Centrado na ideia de uma verdade absoluta contida nas escrituras, a qual devia apenas ser revelada, qualquer questionamento a ela já era considerado heresia. Esta, por sua vez, era vista como o mal absoluto e, portanto, deveria ser combatida a todo custo em nome do bem comum e da defesa social (BOFF, 1993). O réu é, assim, o pecador, o herege,<sup>26</sup> o objeto da investigação, pois detém uma "verdade" que deve ser extraída pelo inquisidor (COUTINHO, 2009, p. 105). Este, por sua vez, representado pelo juiz, torna-se praticamente onipotente, deixando de ser um espectador passivo e se tornando o protagonista do sistema (KHALED JR., 2013, p. 49). Agindo de ofício, na incessante busca pela verdade, a gestão da prova lhe era totalmente conferida (KHALED JR., 2013, p. 57). A defesa, por sua vez, tinha um papel meramente formal e, segundo Boff, até mesmo perverso; já que a sua principal função não era defender o réu, mas agilizar a sua condenação (BOFF, 1993, p. 19). Assim, o processo inquisitório fulminava qualquer tentativa de contraditório que pudesse existir.

Ocorre que o principal ponto dessa busca incessante pela verdade, por parte do inquisidor, é que ela não consistia em uma busca neutra, mas na confirmação da hipótese já fabricada na cabeça do juiz. Assim, para chegar a essa confirmação, com a confissão do réu, a qual era considerada a prova máxima desse sistema, ao juiz, não era imposto qualquer limite, justificando-se, inclusive, a tortura. Era o primado das hipóteses sobre os fatos (KHALED JR., 2013, p. 57), já que o juiz só se daria por satisfeito em sua busca quando chegasse à resposta que previamente estabelecera, ou seja, quando chegasse à confissão da culpabilidade do herege. Nesse sentido que Salo de Carvalho afirma que "o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz" (CARVALHO, 2003, p. 21-22).

---

<sup>26</sup> Leonardo Boff caracteriza o herege como *"aquele que se recusa a repetir o discurso da consciência coletiva. Ele cria novos discursos a partir de novas visões da realidade religiosa. Por isso está mais voltado para a criatividade e o futuro do que para a reprodução e o passado"* (BOFF, 1993, p.12).

Jacinto Coutinho (2009) sustenta que o processo inquisitório era um modelo no qual, na busca do resultado, manipulavam-se as premissas tanto fáticas quanto jurídicas. Assim, afirma que a

verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (Abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição, mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus.

Modelo hipócrita, dado a decisão estar preordenada. Com o resultado antecipado (pelo menos ao raciocínio mais hábil), o resto eram os modos de se confirmar aquilo que a razão já havia projetado.

Como modelo, a analítica de Aristóteles, pela lógica dedutiva. Com o domínio pleno das premissas, o inquisidor conduz o resultado para onde quiser. (COUTINHO, 2009, p. 105).

No entanto, por mais aterrorizante e cruel que esse modelo pareça ser, ele não se limitou à época da Inquisição, tendo gerado reflexos que se encontram presentes, inclusive, nos dias de hoje.

Da breve narrativa histórica exposta acima, fica claro que o ponto de maior continuidade do processo inquisitivo com o processo penal atual é quanto aos poderes instrutórios conferidos ao juiz - e, justamente por isso, que a questão da gestão probatória é o núcleo fundante do sistema inquisitivo. Poderes esses ainda justificados em nome da busca da verdade real, que, de certa forma, permite-lhe, sim, conduzir o processo para onde quiser; uma vez que, como afirmado acima, a busca por provas nunca é imparcial. Ao contrário, dar ao juiz iniciativa probatória significa autorizá-lo a antecipar a formação do seu juízo (LOPES JR., 2014, p. 115); tendo em vista que "quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do juiz" (PRADO, 2006, p. 158).

Nesse sentido, corroborando com essa visão de uma continuidade do sistema inquisitivo no processo penal atual,<sup>27</sup> encontra-se a posição de Alexandre Bizzotto, Augusto Jobim e Marcos Eberhardt; os quais afirmam que

---

<sup>27</sup> Tal também é o argumento de Tourinho Filho que, ao falar sobre essa posição ativa e proeminente do juiz penal como consequência dos poderes investigativos que lhe são conferidos pelo Código de Processo Penal, afirma que parece ter havido "*certo exagero do legislador; não se pode nem se deve atribuir ao Juiz poderes exclusivos e pertinentes às partes. Deveria cumprir ao juiz, apenas prover a regularidade do processo, limitar-*

possivelmente uma das heranças mais nefastas que o sistema inquisitório deixou é a desenfreada busca pela verdade real que, se no medievo perseguia o pecador, hoje quer se justificar pela busca do criminoso como medida de diminuição da criminalidade. Sob o argumento de estar na busca processual da verdade real, o magistrado imagina o fato e tenta reconstruí-lo sem limites, quando então determina provas de ofício (art. 156, parte final CPP), ouve testemunhas referidas (art. 209 do CPP), interroga novamente o réu (art. 196 do CPP). (BIZZOTTO; JOBIM; EBERHARDT, 2007, p. 10).<sup>28</sup>

Em consonância a tal entendimento, encontra-se também Paulo Rangel, para o qual,

o art. 156, reformado pela Lei 11.690/08, incidiu no mesmo erro anterior: colocando o juiz no papel de investigador, descendo do seu lugar *supra partes* (distante dos interesses das partes), para procurar aquilo que acha que é a verdade, ou que ele quer que seja a verdade. Trata-se do juiz inquisidor. Do juiz que, ao interrogar, já sabe o que vai fazer: condenar ou absolver. Depois de decidir, no seu (sub)consciente, ele vai atrás da prova para justificar sua decisão. (RANGEL, 2010, p. 11).

Para Aury Lopes Jr. (2014), atribuir poderes instrutórios ao juiz impossibilita qualquer tentativa de processo penal democrático, pois acarreta a destruição da estrutura dialética do processo, do contraditório e da imparcialidade; fundando-se, assim, um sistema inquisitório, gerado pelos "pré-juízos" do julgador (LOPES JR., 2014, p. 114-115). É o que denomina de criação de quadros mentais paranoicos por parte do juiz, pois "se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada)" (LOPES JR., 2014, p. 114).

Afirma ainda o autor (LOPES JR., 2003) que essa problemática dos poderes instrutórios conferidos ao juiz é potencializada em sistemas como o brasileiro, em que o juiz que investiga é o mesmo que julga, ou seja, sistemas que adotam o critério da prevenção como causa de fixação da competência. Isso porque o contato direto com o réu e com os fatos acarreta no juiz instrutor uma série de pré-julgamentos, seja a favor, seja contra o acusado, o que compromete a sua imparcialidade no momento de julgar. Analisando o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, afirma que esses pré-julgamentos fulminam tanto a imparcialidade subjetiva quanto a objetiva, sendo ambas necessárias para que se tenha confiança nos Tribunais de uma sociedade democrática. (LOPES JR., 2003, p. 121-126).  
Entende

---

*se a recolher as provas apresentadas e julgar. Infelizmente o nosso Processo Penal apresenta acentuados laivos de inquisitividade".* (TOURINHO, 2010, p. 61)

<sup>28</sup> Disponível em: <<http://www.marcoseberhardt.com.br/publicacoes/artigo/Sistema-Acusatorio.pdf>>.

que a [imparcialidade] subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, deste modo, a sua falta de pré-juízos. A objetiva diz respeito a se tal juiz encontra-se em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido, é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade). (LOPES JR., 2003, p. 123-124).

Não é isso, no entanto, que se encontra no ordenamento jurídico contemporâneo, que, apesar e contrariamente a todas as garantias constitucionalmente asseguradas, como o princípio da presunção da inocência, do *in dubio pro reo*, da imparcialidade do juiz, do contraditório, entre outros, continua adotando, nas suas práticas judiciárias, os dispositivos do Código de Processo Penal que conferem poderes instrutórios ao juiz. E, dessa forma, fazem deste uma figura completamente ativa dentro do processo, transformando-o, assim, em um verdadeiro juiz-inquisidor. Tal postura, contudo, ressuscita todos os fantasmas da Inquisição, com a formação de quadros mentais paranoicos por parte dos magistrados e com a confirmação do reinado das hipóteses sobre os fatos.

Ora, em um sistema no qual deveria vigorar a presunção de inocência e em que, na dúvida, dever-se-ia decidir a favor do réu, a iniciativa probatória, facultada ao magistrado e legitimada pelos propósitos altruísticos do princípio da verdade real, só pode ter uma direção: a busca por provas que levem à condenação. Isto porque as provas são os fundamentos pelos quais se sustenta a acusação e se legitima uma eventual condenação ao final do processo. Tal posição, entretanto, destrói qualquer aparência de imparcialidade que as instituições atuais poderiam inspirar, seja a subjetiva, seja a objetiva, e fulmina completamente o contraditório através da formação de uma estrutura completamente desigual entre as partes; uma vez que essa verdade real revela-se majoritariamente como a verdade da acusação.

## **CAPÍTULO 2**

### **DO ESGOTAMENTO DA MODERNIDADE À EMERGÊNCIA DA PÓS-MODERNIDADE: A RETÓRICA COMO ALTERNATIVA POSSÍVEL**

#### **2.1 - Considerações iniciais**

Tecido o panorama inicial no qual se evidenciou como a busca da verdade real encontra-se presente no ordenamento jurídico atual, a posição dos mais diversos autores processualistas sobre o tema e a sua vinculação ao sistema inquisitivo. Cenário esse abordado no capítulo anterior. No presente capítulo, partindo desse discurso, objetivar-se-á mostrar, inicialmente, como, apesar de criar uma cultura inquisitiva e ressuscitar o espírito inquisidor, a noção de verdade presente no Processo Penal encontra-se remodelada a partir do paradigma moderno. Buscar-se-á relacionar, assim, as noções de verdade, ciência e racionalidade.

Após, procurar-se-á demonstrar como acontecimentos ocorridos ao longo do século XX, principalmente a Segunda Guerra Mundial, foram responsáveis pelo esgotamento da Modernidade e de seus pressupostos, fazendo emergir um novo tipo de racionalidade que em nada se assemelha com aquela cartesiana, que, assentada em um racionalidade teórica, com base nos pressupostos da lógica formal, mostrava-se extremamente limitada. A partir, então, de uma racionalidade que só pode se assumir como prática, demonstrar-se-á como foi possível, dentro desse contexto, o ressurgimento da Retórica.

Resgatando essa perspectiva retórica, ressaltar-se-á, no ponto seguinte, de que maneira a Retórica, ao adotar uma visão antropológica pobre do ser humano, como um ser carente e que necessita da linguagem para poder agir no mundo, apresenta-se como uma alternativa mais adequada a se pensar a pós-modernidade. Sociedade esta que, diante da falência dos pressupostos que fundamentavam o modelo anterior, caracteriza-se pela consciência de seu caráter plural e contingencial.

Por fim, objetivar-se-á mostrar como essa mesma visão retórica da realidade, do conhecimento e do homem pode ser usada para se pensar o Direito e a noção de "sistema jurídico". Revelar-se-á, assim, que, apesar dessa pretensa sistematicidade e cientificidade que aparenta sustentá-lo, o Direito não é uma realidade em si, mas uma construção retórica, sendo, portanto, intermediado pela linguagem.

## **2.2 - Verdade, Ciência e Racionalidade**

Essa busca pela verdade, com a qual se depara ainda hoje no processo penal e que serve de justificativa para a concessão de poderes instrutórios ao juiz, apesar de ressuscitar o espírito inquisidor, como visto no capítulo anterior, obtêm seus fundamentos atuais não na Idade Média, no período da Inquisição, estruturado em torno de conceitos metafísicos provenientes da religião, como a figura de um Deus Supremo e do herege. Ao contrário, encontra-os na Idade Moderna, a qual tem a Ciência e a Razão como seus principais alicerces.

O paradigma moderno, assim, que se estrutura em torno das noções de cientificidade e de racionalidade, "reestrutura e refunda a ... busca obsessiva pela verdade da Inquisição a partir de outros pressupostos" (KHALED JR., 2013, p. 193). Afinal, as justificativas religiosas que sustentavam a busca pela verdade durante a Inquisição não seriam mais aceitas ou não fariam mais sentido nos dias de hoje. Entender, então, a Modernidade e seus pressupostos, através da superação do pensamento religioso e a consolidação do pensamento científico, é fundamental para compreender a noção de verdade conforme esta é utilizada dentro do processo penal contemporâneo. Isso porque, em consonância com o que é defendido por Khaled,

infelizmente o direito é uma das áreas do conhecimento que permanecem mais presas ao modelo moderno de ciência: um modelo que paradoxalmente não é mais aceito sequer pelas ciências duras que o originaram, mas que se sustenta por servir aos desígnios do poder punitivo. (KHALED JR., 2013, p. 193-194).

A passagem da Idade Média à Moderna, com efeito, corresponde a um período no qual se tem a passagem do feudalismo ao capitalismo, com a consequente emergência do mundo burguês; a formação dos Estados nacionais; o movimento da Reforma;

e uma verdadeira revolução científica, com o desenvolvimento da ciência natural, que, sob o primado da razão e do método, vê-se impulsionada. Nessa transição entre Idade Média e Idade Moderna, temos a substituição de Deus pela Ciência - ambos enquanto conceitos metafísicos -, como centro da sociedade, deixando à esfera privada qualquer tipo de crença religiosa. É o império da razão, que, nesse primeiro momento, é associada a uma força libertadora que emancipa a natureza humana da autoridade religiosa, secularizando-a; o que acarreta, conseqüentemente, a secularização e a racionalização da própria sociedade (TOURAINE, 1994, p. 17-18), que, fundada na razão, caminharia sempre em direção ao progresso.

A grande relevância de se colocar a razão como centro epistêmico de uma sociedade é que o movimento desta, o seu fluxo, passa a ser associado não à vontade de um grupo específico ou a de um ser supremo como o era antes, mas aos ditames da própria razão, da própria ciência, como um fluxo guiado por leis naturais, as únicas às quais o indivíduo estaria submetido. Associação essa que, por sua vez, transmite a sensação de objetividade e imparcialidade, primados tão característicos da ciência moderna. Assim, para a modernidade, as políticas sociais não deviam "ter outro objetivo que o de desembaraçar o caminho da razão [...] criando a segurança e a previsibilidade de que o empresário necessita" (TOURAINE, 1994, p. 19), fazendo com que a sociedade fosse "tão transparente quanto o pensamento científico" (TOURAINE, 1994, p. 20).

Para isso, era necessário que a sociedade moderna, assim como a ciência moderna, fosse baseada em leis universais e invariáveis. Era necessário, pois, que se fizesse uma leitura matemática do mundo, que permitisse trazer a certeza, a segurança e a previsibilidade tão indispensáveis à estabilidade que se almejava para a instauração e a consolidação de uma nova ordem. Nesse sentido, Khaled afirma que

a busca pela uniformidade que um mundo regido por leis exatas poderia oferecer não era sem razão de ser: diante de um contexto em que a Europa encontra-se sacudida por grandes disputas religiosas - as mesmas disputas que deflagraram o auge do ímpeto Inquisitório, a partir do século XVI -, buscavam-se ordem e estabilidade, que poderiam ser atingidas através de um novo elemento de coesão, dado pelo pensamento científico, que conformava uma geometrização do mundo. (KHALED JR., 2013, p. 197).

Assentado na noção de uniformidade e em leis universais, o pensamento moderno é construído com base na crença em verdades incontestáveis e também universais. Acreditava-se, pois, "na aptidão do sujeito de conhecimento para alcançar a verdade"



(KHALED JR., 2013, p. 169), o que lhe seria possível através do uso rigoroso do método. Em seu livro *Regras para a direção do Espírito*, René Descartes, um dos grandes filósofos da modernidade, intitula o seu capítulo sobre a regra IV já com a afirmação de que "o método é necessário para a procura da verdade". Aduz, logo em seguida, que o que entende por método seria

regras certas e fáceis, que permitem a quem exatamente as observar nunca tomar por verdadeiro algo de falso e, sem desperdiçar inutilmente nenhum esforço da mente, mas aumentando sempre gradualmente o saber, atingir o conhecimento verdadeiro de tudo o que será capaz de saber. (DESCARTES, p. 8).<sup>29</sup>

Essa concepção cartesiana de método, que o configura como o "caminho racional da inteligência para alcançar o conhecimento e a demonstração de uma verdade" (BRUM, 1980, p.14)<sup>30</sup>, é a que vai caracterizar a racionalidade e a cientificidade moderna - concepção essa que, ressalta-se, perdura até os dias de hoje para muitos juristas dogmáticos. Para que essa verdade pudesse, assim, ser alcançada pelo homem, Descartes rejeitava tudo aquilo que se aproximava da noção do verossímil, fazendo da evidência e da necessidade a marca da razão. A modernidade e a sua cientificidade são, dessa forma, caracterizadas pelo império do método dedutivo e da lógica, sobretudo da lógica formal. Esta, por sua vez, não trabalha com categorias intermediárias; ao contrário, preconiza que, a partir de premissas válidas, chega-se a conclusões que são evidentes, necessárias e universais. Nesse sentido, Chaïm Perelman e Lucie Olbreschts-Tyteca afirmam que

o raciocínio *more geometrico* era o modelo proposto aos filósofos desejosos de construir um sistema de pensamento que pudesse alcançar a dignidade de uma ciência. De fato, uma ciência racional não pode contentar-se com opiniões mais ou menos verossímeis, mas elabora um sistema de proposições necessárias, que se impõem a todos os seres racionais e sobre os quais o acordo é inevitável. Daí resulta que o desacordo é sinal de erro. 'Todas as vezes que dois homens formulam sobre a mesma coisa um juízo contrário, é certo', diz Descartes, 'que um dos dois se engana. Há mais, nenhum deles possui a verdade; pois se um tivesse dela uma visão clara e nítida poderia expô-la a seu adversário, de tal modo que ela acabaria por forçar a sua convicção. (PERELMAN; OLBRESCHTS-TYTECA, 1996, p. 2).

Com efeito, através do silogismo lógico formal, a conclusão, necessariamente, é inferida das premissas; e, a partir de premissas verdadeiras, chega-se, necessariamente, às conclusões verdadeiras (ATIENZA, 2014, p. 12-15). Identifica-se, pois,

<sup>29</sup> Disponível em: <<http://www.revistaliteraria.com.br/DescartesRegras.pdf>>.

<sup>30</sup> Segundo Nilo Bairros de Brum, "*essa concepção cartesiana de método conquistou a preferência da maioria dos juristas dogmáticos, convencidos de (ou tentando convencer), que a interpretação da lei é um ato de conhecimento e não de vontade e de que, tal como nas ciências exatas, as questões jurídicas podem resolver-se em proposições de falso e verdadeiro*". (BRUM, 1980, p. 14).

evidência e verdade, aquela "concebida, ao mesmo tempo, como a força à qual toda mente normal tem de ceder e como sinal de verdade daquilo que se impõe por ser evidente" (PERELMAN *et al.*, 1996, p. 4). E se estabelece, assim, o raciocínio de que o que não é verdadeiro é, necessariamente, falso e de que tudo aquilo que escapa à lógica formal escaparia também do âmbito da razão.

Ao lado dessa extrema valorização da ciência e da razão, ligada a ela, encontra-se também uma valorização do homem - fruto do Humanismo e do Iluminismo<sup>31</sup> - como sujeito de conhecimento, o qual se apresenta capaz, através da razão, de alcançar a verdade. Esta entendida, segundo Francisco das Neves Baptista, como a "correspondência entre o pensamento e o objeto, ou como concordância do pensamento consigo próprio" (BAPTISTA, 2001, p. 20). Adota-se, pois, nos termos de Hans Blumenberg<sup>32</sup> (1999), uma antropologia filosófica na qual o ser humano é visto como um ser rico, pleno, que não apenas contempla a natureza, mas a domina; e, por isso, é capaz de alcançar a verdade (BLUMENBERG, 1999, p. 115-142).

Para João Maurício Adeodato (2008), ao tratar dessas filosofias ontológicas ou essencialistas, que, tomando por base uma antropologia "rica" do ser humano, acreditam na sua capacidade de alcançar a verdade e, assim, coagir todos a aceitá-la, a linguagem é vista, dentro dessa perspectiva, como mero instrumento que possibilita tal descoberta. Aduz, dessa forma, que

para as filosofias ontológicas, essencialistas, a linguagem é mero instrumento, um meio para a descoberta da verdade, que pode ser aparente, para uns, ou se esconder por trás das aparências, para outros, com todas as combinações e ecletismos. O importante é a ideia de que, com método, lógica, intuição, emoção e todo o seu aparato cognoscitivo competentemente aplicado, é possível aos seres humanos chegar à verdade, a uma conclusão que coagiria todos a aceitá-la. No campo ético, a verdade equivale ao correto, ao justo. (ADEODATO, 2008, p. 57).

Vê-se, com efeito, que a racionalidade moderna centra-se em uma verdade quase que metafísica, ligada à ideia de certeza. Certeza esta que, mediada pela própria razão

---

<sup>31</sup> Segundo Ruth Maria Chittó: "*O Humanismo colocou o homem no centro do universo e as revoluções científicas fizeram do indivíduo um decifrador dos mistérios da natureza. O Iluminismo, por sua vez, conferiu ao homem um racionalismo desvinculado do subjetivismo; esse indivíduo racional liberto do dogma e da intolerância tinha diante de si a totalidade da história humana para ser dominada*". (GAUER, 2009, p. 46).

<sup>32</sup> Em *Las Realidades en que vivimos*, Blumenberg expõe duas concepções opostas de antropologia filosófica de acordo com a terminologia proposta por Arnold Gehlen, segundo o qual "*o ser humano ora é visto pela antropologia filosófica como um ente rico ou pleno (reiches Wesen), ora como um ente pobre ou carente (armes Wesen), segundo suas relações com o meio circundante*" (ADEODATO, 2007, p. 309).

humana, vai derivar ou de um raciocínio dedutivo ou de uma necessidade de comprovação. Ressalta-se que, dentro dessa perspectiva, essa noção de certeza não vai limitar-se apenas ao campo das ciências exatas; ao contrário, vai estender-se, inclusive, para o campo das ações humanas. Isso fica bem visível ao se analisar o positivismo de Auguste Comte, que, no século XIX, é considerado o fundador da Sociologia. Comte afirma que aquilo que entende por Sociologia ou por Física Social - como também a denomina, já trazendo no próprio termo o seu caráter científico - é a "ciência que tem por objeto próprio o estudo dos fenômenos sociais, considerados com o mesmo espírito que os fenômenos astronômicos, físicos, químicos e fisiológicos, isto é, como submetidos a leis naturais invariáveis" (COMTE *apud*. MORAES FILHO, 1989, p. 53). Comte vê ainda essa necessidade de aplicação da racionalidade científica aos fenômenos sociais como algo natural. Sustenta, assim, que:

A época em que as ciências começaram a tornar-se verdadeiramente positivas deve ser reportada a Bacon, que deu o primeiro sinal dessa grande revolução; a Galileu, seu contemporâneo, que lhe deu seu primeiro exemplo, e, por fim, a Descartes, que destruiu irrevogavelmente nos espíritos o jugo da autoridade em matéria científica. Foi então que a filosofia natural nasceu e que a capacidade científica encontrou seu verdadeiro caráter, como elemento espiritual de um novo sistema.

A partir dessa época, as ciências tornaram-se sucessivamente positivas na ordem natural que deviam seguir para tal fim, isto é, segundo o grau maior ou menor de suas relações com o homem. Foi assim que a Astronomia, em primeiro lugar, em seguida, a Física, mais tarde a Química, e, enfim, nos nossos dias, a Fisiologia, constituíram-se em ciências positivas. Esta revolução está, portanto, plenamente efetuada em todos os nossos conhecimentos particulares, e tende evidentemente a operar-se hoje na Filosofia, na Moral e na Política, sobre as quais a influência das doutrinas teológicas e da metafísica já foi destruída aos olhos de todos os homens instruídos, sem que, contudo, estejam elas ainda fundadas em observações. É a única coisa que falta ao desenvolvimento espiritual do nosso sistema social. (COMTE *apud*. MORAES FILHO, 1989, p. 55).

Ressalta ainda que, apesar das ciências poderem possuir graus diferentes de precisão, o mesmo não se aplicaria aos graus de certeza, que podiam ser aplicados tanto à Física quanto à Sociologia nascente. Isto porque considerava que não se deve confundir precisão e certeza, pois "tudo o que é positivo, isto é, fundado nos fatos bem verificados, é certo: não há distinção a esse respeito" (COMTE *apud*. MORAES FILHO, 1989, p. 81).<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Sobre o tema, cabe transcrever as palavras de Comte: "*Não devo passar a outra consideração, sem colocar o leitor em guarda, a esse respeito, contra um erro muito grave, e que, apesar de muito grosseiro, é ainda extremamente comum. Consiste em confundir o grau de precisão que comportam os nossos diferentes conhecimentos com seu grau de certeza. Resulta daí o preconceito muito perigoso, segundo o qual, sendo o primeiro evidentemente muito desigual, a mesma coisa deve ocorrer com o segundo. Fala-se também ainda, muitas vezes, da certeza desigual das diversas ciências, o que leva diretamente a desencorajar a cultura das ciências mais difíceis. É claro, entretanto que a precisão e a certeza são duas qualidades em si mesmas bem diferentes. Uma proposição completamente absurda pode ser extremamente precisa, como se dissesse, por exemplo, que a soma dos ângulos de um triângulo é igual a três ângulos retos. Por sua vez, uma proposição*

Contudo, esse triunfo da ciência e do método, tanto no âmbito dos fenômenos naturais quanto no dos fenômenos sociais, não representa apenas um anseio pelo conhecimento "em si", um anseio por se conhecer o "real" para apenas contemplá-lo, mas para poder transformá-lo e dominá-lo. A Idade Moderna concebe, assim, uma finalidade utilitária ao conhecimento, pois interessa ao homem conhecer a natureza e a sociedade na medida em que possa usar esse conhecimento para transformá-la e dominá-la.

É sob essa perspectiva que Foucault (1999) afirma que o conhecimento está intrinsicamente relacionado ao poder e que, caso se queira realmente conhecer o conhecimento, deve aproximar-se não dos filósofos, mas dos políticos, estudando as relações de poder que estão em jogo na luta pelo conhecimento - é o que ele chama de "poder-saber".<sup>34</sup> E, justamente, por estar intrinsicamente ligado ao poder é que para o conhecimento é imprescindível o estabelecimento de "verdades" como forma de controle social, "sujeitando os indivíduos ao seu controle e os moldando de acordo com o padrão desejado, como garantia da manutenção da ordem vigente" (KHALED JR., 2013, p. 200).

É nessa medida que, apesar de promover a secularização dos valores afirmados na Idade Média, a Idade Moderna ainda permitiu a continuidade do sistema inquisitório, baseado na obsessiva busca pela verdade real. Isso porque essa nova concepção do conhecimento, além de corroborar com a convicção de que existe uma "Verdade", acaba

---

*muito certa pode comportar somente uma precisão muito medíocre, como quando se afirma, por exemplo, que todo homem morrerá. Se, de acordo com a explicação precedente, as diversas ciências devem apresentar uma precisão desigual, de modo algum ocorre a mesma coisa quanto a sua certeza. Cada qual pode oferecer resultados tão certos como os de qualquer outra, desde que saiba manter suas conclusões no grau de precisão que comportam os fenômenos correspondentes, condição que nem sempre pode ser muito fácil de realizar."* (COMTE apud. MORAES FILHO, 1989, p. 80-81).

<sup>34</sup> Em *A verdade e as formas jurídicas*, Foucault define como um dos eixos de sua pesquisa mostrar que o sujeito humano e o sujeito de conhecimento não são dados prévia e definitivamente. O sujeito não é o "ponto de origem a partir do qual o conhecimento é possível e a verdade aparece" (FOUCAULT, 1999, p. 10), concepção essa que tem uma nítida permanência na filosofia ocidental. Isto porque as práticas sociais não se impõem ao sujeito de conhecimento, como pressupunha o marxismo acadêmico; mas, ao gerar novos domínios do saber, criam novos sujeitos. Sustenta, assim, que haveria uma história do conhecimento, ou mais precisamente, uma história da verdade; uma vez que admite, citando um texto de Nietzsche, que, em determinado momento e em determinado lugar, o conhecimento foi inventado; não sendo, pois, intrínseco, nem natural à natureza humana conhecê-lo. O conhecimento representa, assim, uma ruptura, que, por detrás, pressupõe sempre uma relação de poder; sendo, portanto, contra-instintivo e contra-natural. Essa afirmação leva também a outro ponto: que o conhecimento não se assemelha ao mundo a conhecer; representando, dessa forma, uma contrariedade com a teoria de Kant, que afirmava que as condições de experiência e as condições de objeto são idênticas. Haveria, então, o mundo, a natureza humana e, entre eles, o conhecimento; sem que haja a necessidade de algum elo ou afinidade que os ligassem entre si.

Dessa forma, para Foucault, a ausência de ordem no mundo faz com que não seja natural a natureza ser conhecida; logo, qualquer tentativa de conhecê-la pressupõe uma relação de violência, de dominação e, consequentemente, uma relação de poder.

também reforçando a confiança nos poderes investigativos do juiz, como reflexo da própria crença no ser humano, ou seja, no juiz, como sujeito de conhecimento apto a conhecer a verdade; e como consequência da própria crença no método, ou seja, no processo, como o caminho para a descoberta dessa mesma verdade. Com efeito, o que ocorreu foi apenas a substituição de um dogmatismo religioso por um dogmatismo científico (KHALED JR., 2013, p. 210), permanecendo intacta a noção de uma Verdade que, se antes era revelada, agora era descoberta através do método.<sup>35</sup>

### 2.3 - Dos limites do método científico ao ressurgimento da Retórica

Nesse contexto de racionalidade e cientificidade, as quais se apresentam como características da Idade Moderna, que passam a ser estendidas, com o mesmo grau de certeza e de possibilidade de se descobrir a verdade, do campo das ciências exatas ao campo das ações humanas; e nesse cenário em que qualquer forma de argumentação passa a ser substituída pela demonstração racional cartesiana; a Retórica presencia o seu declínio. Isto porque o seu significado passa a ser associado, pejorativamente e automaticamente, à mera ornamentação, a um discurso que não quer levar o seu interlocutor a alcançar a verdade, mas busca somente sua adesão através da ilusão. Dessa forma, nas palavras de Philippe Breton e Gilles Gauthier,

---

<sup>35</sup> Por mais que o pensamento científico tenha pretendido distanciar-se do pensamento religioso, acusando-o de se fundamentar em categorias metafísicas, como a de um deus; Nietzsche, de certa forma, também evidencia que essa tentativa da ciência de se mostrar como uma realidade em si, guiada pelo fluxo natural da razão, representa apenas a substituição de um dogmatismo religioso por um científico, uma vez que, segundo ele, a ciência também se baseia em um valor metafísico, "no valor em si da verdade". Segundo ele, "*não existe, a rigor, uma ciência 'sem pressupostos', o pensamento de uma tal ciência é impensável, paralogico: deve haver antes uma filosofia, uma 'fé', para que a ciência dela extraia uma direção, um sentido, um limite, um método, um direito à existência. [...] Sim, não há dúvida - e aqui deixo falar a minha Gaia ciência, cf. seu livro quinto, seção 344 - 'o homem veraz, naquele ousado e derradeiro sentido que a fé na ciência pressupõe, afirma um outro mundo que não o da vida, da natureza e da história; e na medida em que afirma esse "outro mundo", como? ele não deve assim negar o seu oposto, este mundo, nosso mundo?.. É ainda uma fé metafísica, aquela sobre a qual repousa a nossa fé na ciência - e nós, homens do conhecimento de hoje, nós, ateus e antimetafísicos, também nós tiramos ainda nossa flama daquele fogo que uma fé milenar acendeu, aquela crença cristã, que era também de Platão, de que Deus é a verdade, de que a verdade é divina...*' [...] A própria ciência requer doravante uma justificação (com isto não se quer dizer que exista uma tal justificação). Considere-se, quanto a isso, os mais antigos e os mais novos filósofos: em todos eles falta a consciência do quanto a vontade de verdade mesma requer primeiro uma justificação, nisto há uma lacuna em cada filosofia - por que isso? Porque o ideal ascético foi até agora senhor de toda filosofia, porque a verdade foi entronizada como Ser, como Deus, como instância suprema, porque a verdade não podia em absoluto ser um problema." (NIETZSCHE, 1877, p. 62).

a retórica não tarda a centrar-se na *elocutio*, concebida como ornamentação, como "metaforização" do discurso literário. Os manuais de retórica do período clássico afastam-se consideravelmente do universo argumentativo, como a *Rhétorique* do padre Bernard Lamy (1675) e as obras de Dumarsais (1730) e de Fontanier (1821, 1827), para se consagrarem aos tropos e às figuras de estilo. A arte de dizer suplanta a arte de convencer. No século XIX, a história literária e o ensino das ciências partilham os despojos de uma retórica espoliada do seu sentido original. (BRETON; GAUTHIER, 2001, p. 48).

Ao se analisar a história da Retórica, desde a antiguidade clássica, vê-se que esse sentido pejorativo dado ao termo já se fazia presente principalmente em Platão, que, na busca da verdade e da essência das coisas, considerava a Retórica não como uma arte, mas como uma técnica, uma habilidade prática que objetivava a persuasão. Técnica essa que, para cumprir o seu intuito e levar à adesão, desvinculava-se do conteúdo para ser mera ornamentação.<sup>36</sup> A Retórica seria, assim, para Platão, mera bajulação, não lidando com a razão, mas apenas com a aparência das coisas; e, por isso, afastaria os homens da verdade e os levaria à ilusão, à enganação.<sup>37</sup>

Dessa forma, houve, desde então, certa separação entre a Retórica e a filosofia, uma vez que esta sempre esteve relacionada a dogmas e a verdades absolutas. Esta concepção da filosofia pode ser facilmente visualizada ao se analisar, por exemplo, o conceito do bom, do belo e do justo na teoria platônica.<sup>38</sup> Tal cisão entre filosofia e Retórica

<sup>36</sup> Ressalta-se que tal postura "anti-retórica" é sustentada por Platão sobretudo em seu diálogo *Górgias*. No entanto, posteriormente, esse altera um pouco seu posicionamento; o que pode ser visualizado em *Fedro*, um diálogo posterior à *Górgias*, no qual Platão combate apenas aquela retórica sofística que considera falsa, defendendo a "verdadeira retórica", que seria, para ele, a dialética. (PLEBE, 1978, p. 27-29). Segundo Amando Plebe, "*toda a polêmica platônica do Fedro contra a retórica é uma polêmica voltada para a obtenção de um resultado positivo: o de um resgate, mais do que o de uma eliminação da retórica. Nessa passagem, a antítese que Platão põe em primeiro plano não é mais a de Górgias, entre 'téchne' e 'empeiria', mas sobretudo a antítese entre a aparência e a essência, entre o parecer e o ser. Há uma falsa retórica que dá mostras de saber o que na verdade não sabe e há uma retórica autêntica que sabe efetivamente o que mostra saber. A retórica que Platão combate é aquela de quem sustenta 'que não é necessário, para quem se vai tornar orador, procurar aprender o que na realidade é o justo, mas o que parece tal à maioria, isto é, ao que devem julgar; e não o que é efetivamente bom e belo, mas o que parece tal; pois que disto [do verossímil] e não da verdade, derivaria a persuasão'*" (PLEBE, 1978, p. 28). No entanto, apesar de não mais defender uma recusa absoluta à Retórica, da comparação com o que seria a "falsa retórica" fica evidente que a verdadeira retórica, para Platão, é aquela que se fundamenta em uma noção de verdade; visão essa que não se mostra compatível com a Retórica que aqui pretende-se sustentar.

<sup>37</sup> PLATÃO. *Górgias*. Trad. de Carlos Alberto Nunes. Disponível em: <<http://br.egroups.com/group/acropolis/>>.

Em *Górgias*, ao tratar da adulação, na qual ele inclui a retórica, a culinária e a indumentária, Platão afirma que essas não se preocupam com os interesses superiores do homem, mas valem-se "*do prazer como de isca para a ignorância, enganando-a a ponto de parecer-lhe de muito maior valia. [...] Chamo a isso de bajulação (...), pois só visa ao prazer, sem preocupar-se com o bem. Nego que seja arte; não passa de uma rotina, pois não tem a menor noção dos meios a que recorre, nem de que natureza possam ser, como não sabe explicar a causa deles todos. Não dou o nome de arte ao que carece de razão*". (PLATÃO. *Górgias*. Trad. de Carlos Alberto Nunes. Disponível em: <<http://br.egroups.com/group/acropolis/>>, p. 18).

<sup>38</sup> Para Platão, os conceitos do "belo", do "bom" e do "justo" aparecem associados; assim, algo que é belo é, necessariamente, bom e justo; enquanto, aquilo que é feio será sempre considerado mal e injusto. Essas antíteses

contribuiu, assim, para a visão negativa da Retórica sobre a qual se falou; pois, livre da eterna busca da verdade, da qual se encarregava a filosofia, a Retórica passou a se assentar em um terreno muito mais amplo do que o estreito caminho que levava o prisioneiro fugitivo da alegoria platônica à "luz" que se encontrava fora da caverna. Alegoria essa que já simboliza o quão reducionista pode ser o discurso da verdade, que se mostra sempre acessível a uns e não a todos.

Com efeito, a Retórica passou a se assentar no campo da argumentação, em que duas "partes conflitantes" podem dela se utilizar para chegar a conclusões divergentes. Com esse rompimento, ela passou, então, a ser associada à mera ornamentação, acusada de se preocupar só com a forma, na tentativa de seduzir o seu interlocutor, esquecendo-se completamente do conteúdo. Isto porque, segundo tal visão, para cumprir o seu objetivo, que era o de persuadir, a Retórica possibilitava ao orador emitir um discurso que se adequasse plenamente ao auditório ao qual se dirigia, sem qualquer preocupação com relação à "verdade" daquela mensagem emitida; já que o discurso poderia variar conforme a própria alternância do auditório.

Contudo, é na Idade Moderna que essa visão negativa da Retórica acentuou-se ainda mais. Período esse que corresponde também ao seu declínio, com a grande ascensão da ciência moderna; que, sob o signo da lógica formal, não trabalha com categorias intermediárias, mas apenas com o estreito caminho da certeza. Sob o âmbito da ciência moderna, a racionalidade de uma proposição só poderia advir dos critérios da lógica formal.

Ocorre que, ao longo do século XX, o mundo irá presenciar uma série de acontecimentos que irão por em xeque a própria noção de racionalidade e cientificidade e a ideia de progresso que lhe estava associada; evidenciando, assim, os limites da razão e do método científico. Para Eric Hobsbawn (1995), o fim do século XX é marcado por um estado de inquietação e de falta de confiança no futuro. Isto porque considera que

sem dúvida ele foi o século mais assassino de que temos registro, tanto na escala, frequência e extensão da guerra que o preencheu, mal cessando por um momento na década de 1920, como também pelo volume único de catástrofes humanas que produziu, desde as maiores fomes da história até o genocídio sistemático. (HOBSBAWN, 1995, p. 22).

No entanto, foram sobretudo os horrores produzidos pela Segunda Guerra Mundial, através do uso massivo e utilitário da ciência para possibilitar o extermínio em massa, que ruíram com os pressupostos sobre os quais a civilização moderna se assentava. As catástrofes ocorridas durante a Segunda Guerra mostraram, assim, que o paralelismo entre ciência e progresso nem sempre é necessário; uma vez que, nas palavras de Zygmunt Bauman, em *Holocausto e Modernidade* (1998a), "foi o mundo racional da civilização moderna que tornou viável o Holocausto" (BAUMAN, 1998a, p. 32).<sup>39</sup>

Retornando ainda a Hobsbawm (1995), segundo ele, todas essas transformações ocorridas ao longo da década de 50 do século XX levaram a uma "crise das crenças e supostos sobre os quais se apoiava a sociedade moderna" (HOBSBAWN, 1995, p. 20). Em uma Europa devastada pelo fim da Segunda Guerra Mundial, todas as certezas e as crenças na razão e na ciência, como formas de se alcançar o progresso, desmoronaram.

Nesse contexto, Boaventura de Souza Santos (1989) caracteriza o século XX como um século desafortunado, frágil e enfermo, apesar de ter sido "criado" por seu pai, o século XIX, para ser um filho prodígio (SANTOS, 1989, p. 223).<sup>40</sup> Em seu texto *La*

---

<sup>39</sup> Em *Modernidade e Holocausto*, Bauman objetiva demonstrar que o Holocausto, ao reunir todas as características da modernidade - seja do ponto de vista tecnológico, organizacional, seja ainda cultural -, não poderia ter ocorrido em outra época que não a moderna. Caracteriza, pois, o Holocausto não como um fracasso da modernidade, como o faz o que ele denomina de "sociologia ortodoxa"; mas como um produto da modernidade. Afirma, assim, que: "*À medida que o quadro completo emerge da pesquisa histórica, surge também uma interpretação alternativa do Holocausto - possivelmente de mais crédito - como um evento que revelou a fraqueza e fragilidade da natureza humana (a abominação do assassinato, a aversão à violência, o medo da consciência culpada e a responsabilidade pelo comportamento imoral) quando confrontada com a simples eficiência dos mais acalentados produtos da civilização; sua tecnologia, seus critérios racionais de escolha, sua tendência a subordinar pensamento e ação à praticidade da economia e da eficiência. O mundo hobbesiano do Holocausto não veio à tona saindo de sua sepultura rasa demais, ressuscitado pelo tumulto das emoções irracionais. Apareceu (de uma forma formidável que Hobbes certamente desautorizaria) num veículo de produção industrial, empunhando armas que só a ciência mais avançada poderia fornecer e seguindo um itinerário traçado por uma organização cientificamente administrada. A civilização moderna não foi a condição suficiente do Holocausto; foi, no entanto, com toda a certeza, sua condição necessária. Sem ela, o Holocausto seria impensável. Foi o mundo racional da civilização moderna que tornou viável o Holocausto. 'O assassinato em massa dos judeus da Europa pelos nazistas não foi apenas realização tecnológica de uma sociedade industrial, mas também sucesso de organização de uma sociedade burocrática'. Imaginem simplesmente o que foi necessário para fazer do Holocausto um genocídio único entre os inúmeros morticínios que marcaram o avanço histórico da espécie humana.*" (BAUMAN, 1998a, p. 32.)

<sup>40</sup> Boaventura de Souza Santos afirma que: "*Probablemente los historiadores del futuro describirán el siglo XX como un siglo desdichado. Aunque su andrógino padre, el siglo XIX, lo educó para ser un niño prodigio, éste se reveló pronto como un niño frágil y enfermizo. Cuando cumplió catorce años cayó seriamente enfermo, de una enfermedad que, como la tuberculosis o la sífilis de ese período, necesitaba un largo tiempo de tratamiento y de hecho nunca se curó completamente. Cuando cumplió treinta y nueve años tuvo una recaída y contrajo una enfermedad todavía más grave, lo que le impidió disfrutar de la vida con toda la energía que normalmente se tiene a una edad mediana. Aunque transcurridos seis años se le consideró clínicamente curado siempre ha tenido desde entonces una salud débil, con el temor a una tercera recaída grave, que con toda probabilidad esta vez sería fatal.*" (SANTOS, 1989, p. 223.)



*transición postmoderna: derecho y política*, ao fazer uma análise dos paradigmas da modernidade, Boaventura de Souza Santos mostra essas - sobre as quais se falou - e outras condições que levaram ao seu esgotamento; evidenciando a necessidade, a partir de então, da criação de um novo paradigma, o qual ele denomina de pós-moderno. Isto porque o paradigma da modernidade, assentado em noções como a de unidade, universalidade e objetividade, não se mostrava mais apto a dar conta dos novos dilemas surgidos após o século XX. Afirma, então, que

la idea moderna de una racionalidad global de la vida social y personal acaba por desintegrarse en una multitud de mini-racionalidades al servicio de una racionalidad global incontrolable e inexplicable. Es posible reinventar las mini-racionalidades de tal forma que dejen de ser partes de una totalidad para convertirse más bien en totalidades presentes en muchas partes. Esta es la tarea de la teoría crítica postmoderna. (SANTOS, 1989, p. 237).

A pós-modernidade, ao contrário da modernidade, caracterizar-se-ia, assim, por fundamentos móveis e pela noção de que não existe apenas uma verdade, a certa, mas inúmeras "verdades", as múltiplas mini-racionalidades as quais Boaventura de Souza Santos se refere. Isso justamente por desacreditar na objetividade moderna, afirmando, diversamente, a subjetividade e a pluralidade.

Todo esse contexto de descrença nos paradigmas da modernidade apresenta-se como um campo muito fértil para o ressurgimento da Retórica. Isto porque, mesmo diante da onda de ceticismo que vigorava ao longo da segunda metade do século XX, ainda é preciso conferir algum tipo de racionalidade à ação humana. Ou ter-se-ia que admitir que a esfera humana é caracterizada pelo mais puro caos e pela mais absoluta irregularidade, o que também não parece muito verossímil.

Faz-se necessário, pois, proporcionar alguma forma de racionalidade, ainda que não seja mais aquela cartesiana, baseada em certezas e em verdades absolutas, que se mostrou insuficiente para solucionar situações concretas; uma vez que o campo da ação humana também não é tão regular e previsível como pressupunham os cientistas modernos, ou melhor, os "físicos sociais". Torna-se preciso, então, uma racionalidade que possa situar-se entre a regularidade e a irregularidade absoluta, dando conta da contingência que caracteriza o âmbito da ação humana; o qual é, sim, marcado por certa regularidade, que, entretanto, nada tem de necessária.

Situando-se exatamente nesse meio termo, vê-se, assim, na década de 50, o nascimento da nova Retórica, sob o nome de Teoria da Argumentação e tendo Theodor Viehweg, Chaïm Perelman e Stephen Toulmin como seus principais fundadores. Buscando, então, alargar os limites dessa razão cartesiana, todos vão retomar a ideia aristotélica de uma razão prática.

Se por um lado, aquela racionalidade cartesiana, fundamentada na lógica formal, é puramente teórica e, portanto, contemplativa. E retira, assim, do homem a possibilidade de intervenção - no sentido de criação - na realidade; uma vez que, para ela, a realidade já está dada e existe em si, restando-lhe apenas a possibilidade de entendê-la e explicá-la. Por outro, esta racionalidade que resgata a noção aristotélica de uma razão prática, ligada a esse agir do homem sobre o mundo, possibilita-lhe intervir na realidade, criando-a e fazendo escolhas acerca de suas ações. Considerando ainda que é através da linguagem que o homem age e intervém na realidade, construindo-a, visto que essa intervenção pressupõe deliberações em comunidade a fim de se criar consensos, essa razão prática encontra-se, pois, associada à linguagem, ao discurso. Enseja, dessa forma, uma racionalidade que é discursiva.

É, portanto, a partir dessa razão prática, aferida através do discurso, que os fundadores dessa nova retórica vão procurar conferir racionalidade à esfera da ação humana. Esta que, por ser caracterizada pela contingência, por uma regularidade que não tem nada de necessária e pela imprescindibilidade de deliberação e intervenção, não consegue, assim, enquadrar-se nos estreitos limites de uma razão que se assenta em verdades absolutas e em conclusões evidentes e necessárias.

## **2.4 - Retórica como alternativa mais adequada para se pensar a pós-modernidade**

Diante de um mundo que não mais se define por leis universais e imutáveis, e que toma consciência da sua contingência, da sua subjetividade e da sua pluralidade, a racionalidade cartesiana, binária e, portanto, reducionista, mostra-se inadequada para pensá-

lo. Isto porque se constata que "tudo é muito mais imponderável e paradoxal do que o esperado pelo otimismo científico" (SOBOTA, 1992, p. 42, tradução livre).<sup>41</sup>

Falar em Verdade, assim, na pós-modernidade, a qual é marcada pela subjetividade e pelo relativismo, é quase um contrassenso; pois, como afirma Foucault (1999), ou admitimos a existência de sujeitos, sempre no plural, ou somos forçados a admitir que o sujeito não existe (FOUCAULT, 1999, p. 20). A partir, então, da negação da unicidade do sujeito de conhecimento, a noção de uma única verdade desmorona. Isto pois uma pluralidade de sujeitos exige a admissão de uma pluralidade de "verdades", ou melhor, para não se usar o termo verdade, que já possui uma série de simbolismos intrínsecos a ele, exige a admissão de que o que se tem por "verdades" não passam de meras opiniões compartilhadas por uma determinada comunidade, em um determinado tempo e em um determinado lugar; sendo, pois, sempre, contextuais.

Nesse cenário, a Retórica, ao tomar como base uma antropologia pobre do ser humano, caracteriza-o como um ser carente,<sup>42</sup> por ser incapaz de ter acesso à verdade e por ser marcado pela indeterminação (BLUMENBERG, 1999, p. 119). Dessa forma, em contraposição à antropologia rica do ser humano tomada como base na racionalidade cartesiana,<sup>43</sup> a Retórica mostra-se uma alternativa mais adequada a se pensar a pós-modernidade, com todos os fundamentos móveis e o aspecto contingencial que a caracterizam. Segundo João Maurício Adeodato,

uma das mudanças de paradigma na perspectiva da modernidade e da pós-modernidade seria exatamente deixar de ver o ser humano como espécie triunfante que domina a natureza, constrói seu próprio mundo e representa a 'coroa da criação', como queriam a filosofia da história e a biologia evolucionária, para entendê-lo

---

<sup>41</sup> Versão original: "everything is much more imponderable and paradoxical than expected by scientific optimism" (SOBOTA, 1992, p. 42).

<sup>42</sup> Para Arnold Gehlen, a quem Hans Blumenberg segue ao falar sobre essas duas tendências opostas de antropologia filosófica, "el hombre es un 'ser carencial' orgánicamente (Herder), no apto para vivir en ningún ambiente natural, de modo que debe empezar por fabricarse una segunda naturaleza, un mundo sustitutivo elaborado y adaptado artificialmente que compense su deficiente equipamiento orgánico. Esto es lo que hace dondequiera que lo vemos. Vive, como quien dice, en una naturaleza artificialmente convertida por él en inofensiva, manejable y útil a su vida, que es justamente la esfera cultural. También se puede decir que él se ve biológicamente obligado a dominar la naturaleza." (GEHLEN, 1993, p. 65-66).

<sup>43</sup> Segundo João Maurício Adeodato, "são retóricas todas as concepções filosóficas que partem de uma antropologia 'pobre', enquanto são ontológicas todas aquelas que tomam por base uma antropologia 'rica'". (ADEODATO, 2008, p. 56) Em consonância com esse entendimento de antropologia rica versus antropologia pobre, Blumenberg aduz que: "El hombre en cuanto ser rico dispone del patrimonio de verdad que posee gracias a los medios operativos del ornatus retórico. El hombre en cuanto ser pobre precisa de la retórica como de un arte de apariencias que hace que se las arregle en su posición de carencia de verdad." (BLUMENBERG, 1999, p. 116)

como ser retardado, metafórico, intermediado em sua relação com o meio ambiente, dominado pela necessidade de compensação em virtude do seu distanciamento da natureza circundante. (ADEODATO, 2007, p. 309).

Como ser carente que o é, tanto de estruturas de adaptação quanto de estruturas de regulação, como afirma Blumenberg (1999), é apenas através da ação que o ser humano compensa toda essa indeterminação. Compensação essa que só é possível através da linguagem, que, muito mais que mero instrumento para a descoberta da verdade, como defendem as filosofias ontológicas, é o único ponto em comum da realidade em que se vive; é o que permite, através da retórica, a produção de acordos, os quais vão possibilitar, por sua vez, o agir humano.<sup>44</sup> É, pois, através da linguagem que o ser humano age no mundo, criando sua realidade, que será sempre uma realidade artificial (ADEODATO, 2008, p. 57), mediatizada pela linguagem através dos acordos e das instituições que ela cria. Isso porque, como ser deficiente que o é, o ser humano mostra-se incapaz de conhecer qualquer verdade que possa estar fora de si mesmo.

Dessa forma, a verdade ou as verdades nada mais são que frutos da construção humana, do agir humano sobre o mundo, sobre a realidade, que só são possíveis através da linguagem. A construção dessas realidades, dessas verdades, no entanto, nunca será uma tarefa meramente individual, em que cada um constrói a sua verdade particular. Ao contrário, tal construção será sempre dialógica, intersubjetiva, dependente de valores comuns compartilhados por uma determinada comunidade.

As "verdades", então, serão sempre contextuais, válidas apenas para aquela comunidade que compartilha daqueles valores específicos, os quais tornam possível o acordo, o "consenso", que passa a ser a capacidade de encontrar pontos nos quais os argumentos possam ser ancorados. Dessa forma, tais "verdades" serão sempre criadas discursivamente e, ao mesmo tempo, serão mediadas por esse discurso; podem, assim, ser associadas ou melhor representadas por opiniões dominantes a que todos estão convencidos, adotadas por determinados grupos, em determinado tempo e em determinado lugar. Isto pois o termo

---

<sup>44</sup> Nas palavras de Blumenberg: "*La acción es lo que compensa la 'indeterminación' del ser humano, y la retórica es la fatigosa producción de aquellos acuerdos que, para hacer posible el obrar, deben encargarse, en la comunidad, de la labor de regulación, en vez de hacerlo aquel fondo 'sustancial'. Bajo este aspecto, el lenguaje no es un instrumental para la comunicación de conocimientos o verdades, sino, primordialmente, para la producción del buen entendimiento, asentimiento o tolerancia que necesita el que obra. Ahí va enraizado el consensus, básico para el concepto de lo que 'realmente' es: 'Llamamos real a aquello de lo que todos están convencidos', dice Aristóteles, con el trasfondo, siempre de un argumento teleológico. Sólo la destrucción escéptica de este respaldo deja ver de nuevo el fondo pragmático del consensus*". (BLUMENBERG, 1999, p. 119).

"opinião" já carrega simbolicamente todo esse aspecto contingencial e é capaz de acentuar aquilo que a "verdade" procura ocultar: a sua precariedade e a sua relatividade.

Com efeito, como afirma João Maurício Adeodato, a linguagem não é apenas o máximo de acordo possível, é o único acordo que seria possível aos seres humanos. E por mais que "esse acordo seja temporário, circunstancial e muitas vezes rompido, é só o que se pode chamar de 'racionalidade'" (ADEODATO, 2008, p. 57). A linguagem e o discurso, portanto, apresentam-se como os únicos meios de se tentar conferir racionalidade à ação humana. Racionalidade essa que tem consciência de seus próprios limites, que não se fundamenta em uma noção metafísica de razão ou de verdade, mas, que, baseando-se em acordos linguísticos, torna-se uma racionalidade discursiva. Novamente, utilizando-se das palavras de João Maurício Adeodato, tem-se que

a perspectiva retórica não se pode embasar nas certezas subjetivas, na razão solipsista do método cartesiano. Linguagem implica convivência, pois não há comunicação em isolamento. Implica pluralidade e, assim, relativização das concepções de verdade, pois os seres humanos percebem diferentemente a realidade. Ao contrário das correntes filosóficas dominantes - ontologias essencialistas ou convencionalistas, histórico-escatológicas e evolutivas -, as quais imaginam o conhecimento e a ética como em alguma medida absolutos e independentes da linguagem, ou fruto de um desenvolvimento histórico objetivista, o humanismo defende que o conhecimento só é possível dentro da linguagem e do relativismo que ela necessariamente traz. Logo, é retórico. (ADEODATO, 2008, p. 67).

E, por isso, a Retórica, ao se contrapor à noção de verdade, de evidência ou de necessidade e ao tomar por objeto o discurso, trabalha apenas com as noções de verossimilhança e de probabilidade. Isto porque a realidade, como visto, só é acessível através da linguagem, a qual cria a sua própria realidade, que é e sempre será artificial. Dessa forma, esse acesso, que é sempre construído e mediado pela própria linguagem, não pode fornecer um grau de certeza capaz de gerar uma verdade, mas apenas algo que seja provável ou verossímil. E, ainda assim, sempre dentro do contexto do acordo prévio realizado por determinada comunidade; gerando, pois, uma probabilidade e uma verossimilhança que serão sempre relativas.

Justamente por isso, a Retórica mostra-se como uma alternativa mais adequada para se pensar a pós-modernidade; tendo em vista que serve "como instrumento para situar o ser humano de modo mais adequado no mundo, tanto no que concerne ao conhecimento quanto naquilo que diz respeito ao relacionamento com o demais seres humanos" (ADEODATO, 2008, p. 58). Permite-lhe, assim, ter consciência da contingência e

da temporalidade de si mesmo e do seu conhecimento; levando-o, por isso, a abdicar de qualquer anseio de universalidade e objetividade. Torna-o, por consequência, mais tolerante frente ao outro, algo que se torna cada vez mais necessário em uma sociedade pluralista que anseia atingir uma democracia efetiva.<sup>45</sup>

## **2.4 - Pensando o Direito e a noção de "sistema jurídico" a partir de uma perspectiva retórica**

Partindo, então, dessa visão retórica da realidade, como uma realidade artificial construída linguisticamente; do conhecimento, como algo contextual e relativo produzido a partir de acordos linguísticos; e do próprio sujeito, que só é capaz de se inserir no mundo linguisticamente, que só "existe" na medida em que se comunica.<sup>46</sup> Enfim, partindo dessa visão retórica da realidade, do conhecimento e do sujeito, visto que não existem fora da linguagem; não parece mais possível conceber conceitos ou até mesmo instituições que escapem a esse contexto linguístico. Essa perspectiva retórica permite, dessa forma, que adote-se uma postura questionadora e desnaturalizadora frente a pressupostos e conceitos que são apresentados como naturais e como a-históricos, como se houvesse uma razão ou uma definição ontológicas a eles - como o conceito de "Verdade" -; e frente a instituições que são apresentadas muitas vezes como uma realidade em si, como se existissem fora de um contexto linguístico.

---

<sup>45</sup> Em *História da teorias da argumentação*, Philippe Breton e Gilles Gauthier, trazendo essa associação entre democracia e retórica, afirmam que: "*A emergência das teorias da argumentação também depende de factores sociológicos. É numa sociedade laica, democrática e pacífica, mas também numa sociedade desconfiada, que são maiores as probabilidades de se assistir ao desenvolvimento de um grande interesse pela argumentação. De certo modo, a argumentação é a antítese da Revelação. Não decorre de uma verdade imposta mas de uma convicção a estabelecer. Aliás, é mais uma questão de consenso que de certeza. Do mesmo modo, a argumentação não pode exercer-se num sistema ditatorial ou totalitário; de resto, ela só faz plenamente sentido numa sociedade igualitária ou, pelo menos, pluralista, em que as decisões são tomadas colectivamente. Também a argumentação exige a renúncia à força, à violência, ao confronto bélico. É certo que só há argumentação quando há desacordo, mas ela impõe uma resolução do desentendimento por meio da discussão, do debate discursivo, em vez do confronto bélico*". (BRETON; GAUTHIER, 2001, p. 13).

<sup>46</sup> João Maurício Adeodato afirma que a retórica material, constituída pelas relações comunicativas essenciais à própria existência do ser humano, faria parte da sua própria condição antropológica. Sustenta, pois, que o ser humano, "*mais do que um animal racional, é um animal retórico. [...] Assim, a retórica material é o que se poderia conceder ser a única 'condição ontológica' da antropologia. Quer dizer, o ser humano só pode ser concebido dessa perspectiva, sem a retórica material não é humano. Trata-se da própria condição linguística da espécie, voltada para si mesmo em um universo de signos e sentidos*". (ADEODATO, 2008, p. 70).

E é exatamente nesse prisma que a Retórica se apresenta como uma alternativa muito útil também para se pensar o Direito; mostrando que, para além de suas pretensões de objetividade e sistematicidade, o Direito não é uma realidade em si. Ao contrário, ele é fruto da linguagem, é construído linguisticamente, através dos discursos jurídicos que se produzem e se reproduzem; e, nessa medida, institucionalizam-se a partir de valores e práticas sociais adotados por determinada comunidade, em determinado tempo e em determinado lugar.

Para uma possibilidade, assim, de se pensar o direito, como fenômeno social que o é, necessário se faz compreendê-lo como uma prática social que se realiza discursivamente, através dos discursos jurídicos. Dessa forma, como em qualquer outra esfera social, a racionalidade que pode ser conferida ao Direito não é mais aquela baseada em conceitos ontológicos como o de "verdade", o de "certeza" ou o de "justiça"; é, porém, uma racionalidade discursiva, assentada, por outro lado, em acordos linguísticos. Uma racionalidade na qual qualquer tentativa de controle só é possível através dos próprios discursos jurídicos, por meio dos argumentos que são apresentados para justificá-los. Tal tentativa corresponde àquilo que a teoria retórica denomina de controle público do discurso e da linguagem.<sup>47</sup>

Katharina Sobota, em seu artigo *A Construção Retórica do Direito* (1992, p. 39-54), fornece um caminho para essa tentativa de se pensar o Direito retoricamente. Referida autora evidencia a necessidade de se manter cético em relação a conceitos; que, vistos como entidades abstratas que possuem significado em si, muitas vezes são confundidos com a própria realidade.<sup>48</sup> Sugere, então, que sejam substituídos por metáforas, pois tal substituição

---

<sup>47</sup> Adeodato preleciona que "do ponto de vista do conhecimento, o subjetivismo contido na tradição da certeza cartesiana, no sentido de que a garantia da evidência seria a consciência subjetiva da experiência interna, com sua autocoerência, não mais subsiste depois da 'virada hermenêutica' (ou lingüística), protagonizada por Wittgenstein, Heidegger e outros, os quais colocam como fonte primeira o conhecimento intersubjetivamente válido, proveniente do mundo exterior. O primado gnoseológico da experiência interna não pode prevalecer porque não há uma 'verdade' subjetiva; a solução passa por um conteúdo de sentido no âmbito de uma linguagem comum a outras pessoas, na possibilidade de seguir, ou não, regras publicamente controláveis. Daí a indispensabilidade da pessoa do outro para a construção de qualquer sentido, qualquer comunicação. [...] Esses controles públicos da linguagem são condicionais, temporários, autopoieticos e circunstanciais; quanto mais complexo o meio social, mais se acentua esse caráter mutante e mais difícil estudá-los". (ADEODATO, 2008, p. 71-72).

<sup>48</sup> Também podemos depreender, em Nietzsche, essa necessidade de se manter cético em relação aos conceitos e às palavras, que não são uma realidade em si e nada têm a ver com uma "verdade"; uma vez que, segundo ele, as palavras não passam de convenções arbitrárias. Em *Sobre verdade e mentira no Sentido Extra-moral*, Nietzsche afirma:

permite que se visualize o seu caráter simbólico e evita que sejam confundidos com a realidade.

Dentro dessa perspectiva, ela estabelece que o mais adequado seria caracterizar o Direito não como um sistema, o que dá uma noção de completude, de algo já acabado e externo ao homem e traz uma carga simbólica que conduz àquela racionalidade cartesiana e científica típica da modernidade. Mas, sim, como uma teia, mais precisamente, utilizando o conceito de Nietzsche, como uma "teia de aranha", cujos fios que o sustentam são tecidos constantemente pelo próprios participantes dessa comunidade jurídica. Essa substituição mostra-se vantajosa, pois transmite a ideia de que o Direito é algo dinâmico, que está em constante construção, e a ideia de que os seres humanos estão inseridos nesse processo. Trazendo a perspectiva retórica, Sobota estabelece que esse processo de construção se dá linguisticamente; sendo o Direito, assim, uma teia linguística de significados estabelecidos através de acordos e dos discursos jurídicos.

Contudo, apesar de toda essa dinamicidade e relatividade advinda de uma construção linguística, Sobota não supõe que os padrões jurídicos, os "consensos" jurídicos, são construídos de uma forma arbitrária; mas que há certas condições fundamentais para a construção dessa realidade jurídica, que permitem responder "questões sobre onde e sob quais circunstâncias a 'teia do Direito' continua a ser tecida com sucesso ou não" (SOBOTA, 1992, p. 42, tradução livre).<sup>49</sup> Condições essas as quais denomina de constrangimentos. Considera, pois, que há sim certa racionalidade nesse processo de construção, na medida em que os fios que constituem a teia do Direito são tecidos de tal modo que lhe permite garantir sua própria subsistência. Elenca, assim, sete tipos de constrangimentos, quais sejam: de decisão; de encadeamento; de invenção; de autorreferência; de reflexividade; de latência; e de adequação. Sobre os quais se faz, a seguir, uma breve explanação.

---

*"É a linguagem a expressão adequada de todas as realidades? O que é uma palavra? Não tenhamos ilusões, são puras convenções arbitrárias do que sentimos em nosso interior: um estímulo nervoso, primeiramente transposto em uma imagem! Por isso, elas permanecem longe da Verdade.*

*As palavras se transformam em conceitos, porém qualquer conceito nasce por igualação do não-igual, por seu caráter abstrato, genérico. Assim, o conceito de 'honestidade' se depreende de casos fortuitos de ação e não possui, por isso, nenhuma consistência ontológica, como coisa em si."* (NIETZSCHE, **Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral**. Disponível em: <<http://www.filosofiaparatodos.com.br/resumos/sobre-verdade-e-mentira-no-sentido-extra-moral/>>.).

<sup>49</sup> "... they do represent a provisional catalogue of fundamental conditions answering the question of when and under what circumstances the 'web of law' continues to be spun and weaved successfully, and when not" (SOBOTA, 1992, p. 42).



Primeiramente, por meio do constrangimento de decisão, evidencia-se o caráter prático do Direito. Isto porque, apesar de todas as incertezas e relatividades que caracterizam o universo linguístico, o Direito precisa chegar a uma decisão; visto que necessita dar uma resposta aos conflitos que lhe são apresentados.

Pelo constrangimento de encadeamento, por outro lado, o Direito deve refletir valores compartilhados pela sociedade em determinado tempo, mas, paralelamente, deve permanecer aberto ao futuro como forma de permitir a sua própria subsistência. Abertura essa que possibilita que suas teias, além de serem produzidas diariamente, permaneçam coesas; já que cada decisão, além de concluir um conflito, tem certo caráter prescritivo justamente para que possa ser usada como parâmetro em decisões futuras.

Quanto ao constrangimento de invenção, esse refere-se à necessidade de criação de uma segunda realidade, construída linguisticamente, na qual o Direito seja visto como uma entidade em si, como uma realidade duradoura que trabalha com conceitos permanentes. Poder-se-ia, assim, associar tal constrangimento à própria noção do Direito como um sistema.

Com relação ao constrangimento da autorreferência, esse estabelece a necessidade para o Direito de que essa segunda realidade seja reproduzida de maneira similar no "mundo jurídico". Por meio dele, exige-se, assim, que as práticas jurídicas gerem uma imagem, uma representação; e que esta, por sua vez, as condicione e as determine, guardando, pois, um caráter prescritivo. Esse condicionamento irá possibilitar, dessa forma, uma similaridade e uma regularidade na reprodução do Direito. Sobota diferencia ainda dois tipos de autorreferências: as genuínas e as aparentes. Enquanto as primeiras são referências ocultas, constituindo-se de meios operativos que, através de reproduções e imitações inconscientes, tornam o Direito coeso;<sup>50</sup> as últimas seriam aquelas referências que são apresentadas sob o critério da "razão", da "verdade", do "bom" e do "justo", mas que não descrevem a verdadeira origem de uma decisão e que não são responsáveis pela regularidade do "sistema".

Passando, pois, para o constrangimento de reflexividade, ele se refere justamente à exigência de que haja uma reflexividade entre as formas de produção e as de

---

<sup>50</sup> Sobota afirma que essas referências ocultas são comunicadas apenas extraoficialmente e seriam formadas, assim, pelos ritos forenses, pelas técnicas retóricas próprias do discurso jurídico e pelos mecanismos de ensino jurídico; os quais condicionam a formação do próprio Direito e, conseqüentemente, a formação do jurista.

representação, entre a imagem e a própria segunda realidade linguística do Direito. Reflexividade essa que também possibilitará certa regularidade dentro do universo jurídico.

No que se refere ao constrangimento da latência, para que o Direito permaneça tal como ele é, para que ele subsista, faz-se necessário que esconda seus próprios mecanismos de produção, deixando-os latente. Ou seja, o Direito não deve apresentar-se como uma realidade construída linguisticamente. Muito pelo contrário, deve apresentar-se como a própria realidade, como um sistema em que os dogmas ontológicos são verdadeiros e no qual exista uma resposta para todas as questões.

Por fim, Sobota fala ainda sobre o constrangimento da adequação, que concerne à necessidade de conformação dos discursos ao auditório ao qual se dirigem. Adequação que se tona necessária na medida em que permite a tais discursos cumprirem seu objetivo, que é justamente o de levar ao convencimento, o de persuadir; sendo, assim, exitosos retoricamente. Dessa forma, para que um discurso jurídico seja aceito e torne-se, pois, exitoso, faz-se necessário que se baseie em valores partilhados pela comunidade jurídica a qual se dirige, adequando-se a eles.

Com efeito, dentro dessa perspectiva oferecida por Sobota, pensar o Direito retoricamente permite que se amplie o conceito de racionalidade referente ao mundo jurídico; uma vez que se chega à conclusão que os processos linguísticos responsáveis por sua construção e reprodução não são meramente arbitrários, guardam, no entanto, certa coerência interna e externa. Ademais, tal enfoque permite também que se evidencie esses mecanismos de construção linguísticos que permanecem ocultos - e intencionalmente o são - em uma visão sistêmica do Direito. Visão essa que, evocando um caráter objetivo, neutro e de completude do próprio sistema, transmite uma sensação de segurança frente às incertezas que caracterizam a pós-modernidade.

Segundo Isaac Reis (2014), para o qual a Retórica deve ser entendida tanto como cosmovisão, como estratégia de persuasão quanto como instrumento de análise de discursos,<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Segundo Isaac Reis, como cosmovisão, a Retórica deve ser entendida a partir da vinculação entre sujeito e mundo com a linguagem; sendo que esta *"não é apenas um meio pela qual o sujeito consciente tem acesso a um mundo materialmente objetivo; (...) é o próprio mundo perceptível, não havendo outro mundo para além dela"* (REIS, 2014, p. 6). Já a Retórica como estratégia de persuasão refere-se à própria Retórica como cosmovisão,

o ponto de partida da aplicação da Retórica ao Direito consiste em pensá-lo como artefato humano e, como tal, inserido na História. Esta, por sua vez, é concebida como um lugar de disputas e conflitos pelo poder de significar o tempo, de produzir realidades, cujo intuito estratégico é o de influir nas disputas pela realidade presente e futura. (REIS, 2014, p. 6).

Destarte, através da Retórica pode-se superar a visão do Direito como um instrumento neutro para a resolução de controvérsias e enxergar todo o contexto de disputas e de conflitos pelo poder que se encontra latente. Contexto esse que na maioria das vezes é ocultado, mas que influencia diretamente o Direito na construção de sua rede de significados, de sua teia linguística. Tal perspectiva possibilita, assim, evidenciá-lo como uma prática ideológica.

Perfilhando-se a tal concepção retórica, que possibilita visualizar a atividade jurídica como uma prática ideológica, que se vale do processo, enquanto método que se pretende imparcial e objetivo, com o intuito de ocultar seus próprios discursos ideológicos, encontra-se Nilo Bairro de Brum, segundo o qual,

para eliminar ou, pelo menos, diminuir ou controlar a influência das ideologias, as ciências valem-se de métodos que garantem certa objetividade ou objetivação de seus enunciados. Nas práticas ideológicas, porém, os métodos cumprem uma função inversa, isto é, garantem a objetivação dos discursos ideológicos graças à camuflagem ou escamoteamento das ideologias. (BRUM, 1980, p. 11).

Com efeito, pensar o Direito retoricamente possibilita, na medida em que permite revelar as ideologias que estão ocultas, que estão escamoteadas, a compreensão desse discurso que afirma uma visão sistêmica e, até mesmo, científica do Direito como uma estratégia retórica. Isto porque, apesar de se afirmar como uma realidade em si, tal visão não passa de uma realidade criada retoricamente; a qual possibilita, através dos discursos jurídicos, e, portanto, da linguagem, a produção de certos efeitos; os quais, por sua vez, permitirão ao Direito alcançar determinados objetivos e/ou determinados resultados. Seria, nos termos delineados por Isaac Reis, a Retórica como estratégia de persuasão (REIS, 2014, p. 7). Nessa perspectiva, essa concepção do Direito como um "sistema jurídico" configura-se como um discurso altamente persuasivo, na medida em que se adequa plenamente ao auditório ao qual se dirige; sendo, assim, extremamente exitoso em seus propósitos.

---

buscando interferi-la e conformá-la, dizendo-lhe como deve ser. Por fim, como instrumento de análise de discursos, a Retórica refere-se ao controle público da linguagem. Parte, assim, "*de uma concepção de pesquisa científica como um empreendimento público, cuja validade é definida internamente pelo controle e pela crítica de uma comunidade retórica específica*" (REIS, 2014, p. 8).

O êxito de tal discurso consiste justamente no fato de que a ideia de um sistema jurídico, ao evocar noções de completude, de certeza, de objetividade e de neutralidade, transmite uma sensação de segurança. Oferece, assim, a promessa de que esse "sistema jurídico" pode encontrar, a partir da "verdade" de cada caso, a ser buscada e desvendada pelo juiz, não apenas uma solução possível, entre diversas outras, aos conflitos que lhe são apresentados. Porém, mostra-se apto a encontrar "A verdade real", única verdade que pode fundamentar "A solução correta" que lhe fará cumprir seu propósito de realizar "A Justiça". Dessa forma, esse discurso cumpre eficazmente as expectativas depositadas sobre o Direito e sobre o próprio Estado, principalmente em uma sociedade pós-moderna, que, diante da mobilidade, da relatividade e da contingência dos fundamentos sob os quais se assenta, almeja crescentemente algo que lhe possa oferecer uma sensação de segurança frente às incertezas e às inseguranças do "mundo real".

## **CAPÍTULO 3**

### **A VERDADE PENAL COMO UMA ESTRATÉGIA RETÓRICA: A LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE SOCIAL**

#### **3.1 - Considerações iniciais**

Tendo como ponto de partida todos os argumentos perfilhados nos capítulos anteriores: sobre como a busca da verdade real é sustentada dentro do processo penal, em razão de seus propósitos altruísticos, relacionados sobretudo à indisponibilidade do interesse penal e à exigência de se oferecer segurança jurídica à sociedade e ao acusado frente ao poder punitivo (capítulo 1); e sobre como a retórica configura-se como uma útil ferramenta para se analisar o direito (capítulo 2); chega-se, nesse terceiro capítulo, ao ponto principal da tese que busca-se defender: a busca da verdade real como uma estratégia retórica que permite ao poder punitivo se legitimar através da promessa de segurança jurídica que ele oferece.

Com efeito, buscar-se-á, em um primeiro momento, enfatizar o aspecto altamente ideológico de um discurso que se assenta na verdade. Isto porque, como visto no capítulo anterior, o homem, como sujeito de conhecimento que o é, não é capaz de alcançar qualquer verdade que esteja fora de si mesmo. Dessa forma, almejar-se-á explicitar os mecanismos ideológicos ocultos, os quais tornam o Direito Penal e Processual Penal uma prática extremamente ideológica, apesar do status científico que pretendem assimilar principalmente através das noções de segurança jurídica e imparcialidade do magistrado. Nesse ponto, revelar-se-á como o discurso da verdade real incorpora-se à verdade da acusação.

Em seguida, usando os pressupostos traçados no segundo capítulo, quanto à caracterização da pós-modernidade como uma sociedade de incerteza e insegurança frente à

sua pluralidade e contingencialidade, mostrar-se-á como ela se assenta em uma sensação generalizada de medo quanto aos riscos que cotidianamente ameaçam-lhe acometer. Sob essa sociedade do risco, à qual a pós-modernidade pode ser associada, objetivar-se-á demonstrar como a verdade da acusação, sustentada no ponto anterior, apresenta-se como um discurso extremamente exitoso, visto que promete um controle da criminalidade.

Após, ressaltar-se-á o autoritarismo que se encontra latente em uma noção de verdade, uma vez que se assenta, necessariamente, em uma racionalidade que é dual. Dessa forma, buscar-se-á mostrar como essa busca pela verdade real vai permitir ao poder punitivo exercer um controle social. Isso pois lhe serve de ferramenta para impor sua visão de mundo como se esta fosse uma imposição da própria razão, como uma lei natural a qual a sociedade deve ceder.

Dos argumentos delineados nos pontos anteriores, mostrar-se-á, assim, como esse discurso que evoca uma verdade real, sob ares de racionalidade e objetividade, através da promessa de segurança jurídica, vai permitir ao poder punitivo se legitimar; sendo, dessa forma, um discurso extremamente necessário à sua subsistência.

### **3.2 - A permanência do discurso**

Como foi apresentado no capítulo anterior, a Retórica pode ser adotada tanto como uma forma que permite ao homem compreender melhor o mundo e suas relações com a realidade quanto como uma forma de analisar o Direito. E, dentro desta última perspectiva, permite, ao revelar os mecanismos ideológicos que lhe são ocultados, que enxergue o Direito como algo construído linguisticamente, ou seja, como um discurso, e mais, como um discurso altamente persuasivo. Partindo, então, dessa concepção retórica, faz-se necessário agora analisar a verdade real dentro do processo penal também a partir dessa perspectiva. Busca-se, assim, entender por que ainda é interessante ao Direito Processual Penal sustentá-la e em que medida esse discurso é exitoso.

Dentro dessa concepção retórica da realidade, chegou-se à conclusão de que não existe uma noção única de verdade, como algo ontológico - ou, ao menos, que essa

"verdade" não é acessível ao seres humanos. Assim, o que se entende por verdades são acordos linguísticos, construídos com base em valores comuns partilhados por determinada comunidade, situada em determinado momento histórico. Ou seja, as verdades seriam meras opiniões, meros paradigmas aceitos e partilhados, sempre sob uma perspectiva contingencial e temporária; e, nessa medida, são caracterizadas pela fragilidade e precariedade, já que são incapazes de se fazerem universais e atemporais.

Dessa forma, a afirmação de que existe uma verdade a ser descoberta pelo processo penal deve ser visualizada como uma estratégia retórica. Deve, pois, ser concebida como uma estratégia que, conforme visto no capítulo anterior, pode ser traduzida como uma realidade construída retoricamente, discursivamente; que, ao produzir certo efeitos, permite ao seu orador alcançar determinados resultados, principalmente em termos de persuasão; convencendo, assim, o seu auditório. Estratégia retórica essa que, desde o período da Inquisição, passando pelo da Modernidade e hoje no da Pós-modernidade, serviu e serve de instrumento para legitimar o poder punitivo e, conseqüentemente, como mecanismo para o controle social. Isto porque, sendo discurso, faculta-se a ela a possibilidade de se remodelar de acordo com o período histórico ao qual se vincula; adequando-se, assim, ao seu auditório. Dentro dessa perspectiva, Nilo Bairros de Brum preleciona que

do juiz se exigem a capacidade para estabelecer a verdade real dos fatos, a fidelidade no aplicar o direito certo ao fato investigado, a sensibilidade para aplicar a equidade, evitando a injustiça legal, e a neutralidade que o caracteriza como magistrado capaz de julgar como Deus sendo homem.

Ora, somente quem não queira ver ou quem não tenha nenhuma vivência forense, há de acreditar que, em termos de processo judicial, exista uma verdade real ou material em oposição à verdade formal. Essa oposição é uma ficção retórica que tem a utilidade de proporcionar argumentos de grande força qualificadora ou desqualificadora nos contextos decisórios, pois, na realidade, a verdade sobre o fato *sob judice* será sempre aquela que o juiz ou tribunal reconstruir e estabelecer em uma decisão passada em julgado. Trata-se de uma presunção de verdade inferida das provas que foram consideradas mais convincentes, presunção que admite prova em contrário (*juris tantum*) enquanto houver oportunidade para atacá-la por meio de recurso, e que não admite prova em contrário (*juri et de jure*) depois de tornar-se inatacável por meio de recurso ou revisão. (BRUM, 1980, p. 8).

A explanação de Nilo Bairros de Brum mostra-se bem elucidativa e põe em evidência justamente o elemento retórico que se busca enfatizar no presente trabalho. Diante, assim, da constatação de que não existe uma verdade real ou material em oposição a uma verdade formal, muito menos no contexto da prática forense, que se apresenta como uma prática altamente ideológica, tal discurso só pode ser visualizado como uma estratégia retórica, ou como uma ficção retórica, segundo referido autor. Estratégia essa que possibilita,

ao evocar noções de racionalidade e objetividade, sobretudo diante da promessa de segurança jurídica e de imparcialidade do magistrado, ocultar o fato de que a verdade do caso vai ser sempre aquela estabelecida pelo juiz e depois confirmada pelo Tribunal. E é, precisamente, desse fato que deriva toda a potencialidade de tal discurso.

### **3.3 - Mecanismos ideológicos ocultos: o Direito Penal e Processual Penal como uma prática ideológica**

Como visto, a Idade Moderna, assentada sob os valores da cientificidade e da racionalidade, enseja uma valorização do homem, sobretudo por meio da sua crença no sujeito de conhecimento, que, dentro do Direito, reflete-se na crença no juiz como sujeito apto a conhecer a verdade; e no método, que, na mesma perspectiva, reflete-se na crença no processo como meio para a descoberta dessa mesma verdade. Dessa forma, tal período acabou reforçando a obsessiva busca da verdade real dentro do processo penal, advinda da Inquisição.<sup>52</sup> Isso se deu também principalmente em razão do potencial que essa "verdade" carrega enquanto instrumento de dominação e controle social, necessária, assim, para a justificação e legitimação da nova ordem burguesa que se pretendia estabelecer. Isto porque, ao priorizar categorias unificadoras e universalizantes, na qual a racionalidade se divide apenas entre o certo ou o errado, o verdadeiro ou o falso, ou seja, é uma racionalidade binária, ela acaba por favorecer uma vocação autoritária do poder, que, nos estreitos caminhos dessa racionalidade dual, não consegue aceitar o diferente; da mesma forma como ocorria na Inquisição, na qual o diferente era visto como o herege.

---

<sup>52</sup> Salo de Carvalho, em seu livro *Antimanual de Criminologia*, afirma que a "dogmática processual penal do século XX seguiu a programação geral das ciências modernas, adequando-se ao ideal cartesiano. Após a ruptura com o sistema confessional e o jogo de cena laico para manutenção dos princípios fundamentais do inquisitorialismo, sob renovada inspiração projetou como finalidade da nascente ciência (dogmática processual penal) a criação de mecanismos de conquista da verdade. O processo penal transformou-se, pois, no laboratório no qual a realidade histórica, através dos instrumentos da instrução probatória, se adequaria à decisão do juiz.

*O método cartesiano inspira a dogmática do processo penal no sentido de pensar a possibilidade de, a partir da fragmentação e do estudo microscópico do caso penal, recriar o fato passado não mais passível de experimentação e alcançar verdades. Assim, após decompor e estudar minuciosamente os elementos probatórios incorporados nos autos, a verdade seria atingida pelo juiz através da livre apreciação da prova.*" (CARVALHO, 2008, p. 74).



Sob essa perspectiva, Khaled afirma que

o legado deixado pelo pensamento moderno ao processo penal contemporâneo é duplamente violento: de um lado, na legitimidade que confere ao atribuir a estatura de científicas para práticas autoritárias; de outro, enquanto método que grosseiramente desconsidera a riqueza do real ao reduzi-lo a ponto de desconsiderar quase que por completo sua complexidade em nome da homogeneidade que impõe, ou melhor, procura, impor. Segundo Vatimo, a experiência moderna produziu um pensamento violento que privilegia categorias unificadoras, soberanas e generalizantes.

[...]

Foi essa vocação autoritária do poder que preservou o obscurantismo da verdade inquisitória: a vontade de erradicação da diferença, que é inaceitável para esse paradigma, assim como era para a própria Inquisição. (KHALED, 2013, p. 200-201).

Nesse contexto, Salo de Carvalho, em seu livro *Antimanual de Criminologia*, afirma que a fragmentação dos saberes, que leva à especialização e à compartimentalização do conhecimento - características tão típicas do pensamento moderno - é reducionista; pois "quebra o complexo do mundo, fraciona problemas, separa o que é ligado e unidimensionaliza o multidimensional" (CARVALHO, 2008, p. 42). Traz, em seguida, uma citação de Scarlet Marton que evidencia bem esse aspecto autoritário da ciência moderna:

Produziu-se, porém, segundo Scarlet Marton, o despedaçamento do mundo na tentativa de estabelecer relações causais entre os acontecimentos: "entrincheirada em seu feudo, a ciência não leva em conta outras áreas do conhecimento, outros domínios do saber. Além de explicação dos fenômenos, pretende ser interpretação do mundo. E mais: a única interpretação verdadeira do mundo. Diante dela tudo deve ser relegado a um segundo plano, posto que não existe nada tão necessário quanto a verdade". (MARTON *apud*. CARVALHO, 2008, p. 41).

Paralelamente a esse discurso reducionista proveniente do pensamento moderno, que procura transfigurar a realidade, que é plural, em uma realidade artificial que é singular, Salo de Carvalho considera ainda que o projeto político e científico moderno se caracteriza por aquilo que ele denomina de "vontade de sistema" ou "vontade de verdade". E, como consequência destas "vontades", afirma que tal projeto tem a segurança e a previsibilidade como principais metas, ao lado, é claro, da fetichização decorrente dos dogmas da completude e da coerência atrelados a essa ideia de sistema. Dogmas estes que serão transpostos para o Direito e para o Processo Penal. Sustenta, assim, que

a dogmatização dos saberes jurídicos, a partir da enunciação da completude e coerência dos seus métodos, potencializa a vontade de verdade e o encantamento com sua auto-imagem. Assim, (...) o narcisismo em primeiro grau visível na dogmática jurídica dá vazão às (in)completudes e (in)coerências em sentido estrito. Não por outro motivo o direito penal, envolto na circularidade do conceito de bem

jurídico, ainda brada sua capacidade técnica de tutelar os maiores valores da humanidade; o processo penal, perdido na confusão entre os conceitos de verdade e realidade e de verdade e substância, concebe a possibilidade de buscar a 'verdade real'...". (CARVALHO, 2008, p. 43).

Ocorre que, apesar de todo o percurso histórico que permitiu chegar àquilo que Boaventura de Souza Santos (1989) chama de pós-modernidade, continua sendo interessante ao Direito Processual Penal contemporâneo afirmar uma noção de "verdade", como um dado ontológico e a-histórico, a ser desvendada pelo juiz. E mais, esse discurso continua sendo aceito e considerado legítimo, não obstante a oposição em relação aos próprios fundamentos dessa sociedade.

Tal sociedade pós-moderna, diante da consciência dos aspectos linguísticos, contingenciais, relativistas e plurais que a caracterizam, não se assenta mais nessa concepção binária de racionalidade; porém, só é capaz de conceber uma racionalidade que é discursiva. Ademais, nesta pós-modernidade não se sustenta mais uma noção de "Verdade". Isto porque, como a própria realidade, qualquer "verdade" também é intermediada pela linguagem; sendo, portanto, construída discursivamente a partir de valores compartilhados por determinado grupo, em uma determinada época. Desta maneira, é uma verdade que será sempre contextual e contingencial.

Ora, esse contrapasso em relação às demais áreas do conhecimento, ao se afirmar uma noção de verdade há muito já superada, não parece fruto da ingenuidade do Direito e do Processo Penal, em razão de uma visão romântica e idealizada da realidade. Porém, se assim ainda o fazem, é em virtude da permanência desse conceito de "Verdade" ainda lhes ser muito útil. Para Salo de Carvalho,

a questão da verdade no direito processual penal, cuja finalidade não é outra senão a maximização ou a minimização dos níveis de inquisitorialidade, é nitidamente instrumental. Para além do narcisismo da dogmática penal em estabelecer condições de possibilidade de conquista da verdade, parece central focalizar os efeitos decorrentes da definição deste fim. (CARVALHO, 2008, p. 74).

Justamente por isso, necessário se faz analisar a verdade real não como uma crença ingênua do Direito Penal e Processual Penal no conhecimento e, por consequência, na Verdade. Porém, essa deve ser analisada como uma estratégia retórica, que, como tal, busca propositadamente ocultar os mecanismos ideológicos que lhe sustentam por trás da aparente imparcialidade do juiz na busca de uma suposta verdade real dentro do processo.

No entanto, tal noção de imparcialidade do juiz, que o Direito Penal e Processual Penal buscam afirmar, é completamente problemática. Tal problematidade acentua-se sobretudo em um sistema como o brasileiro, que, para além da impossibilidade de neutralidade do juiz em decorrência da sua própria condição humana, ainda lhe confere poderes instrutórios. Isto porque, segundo Nilo Bairros de Brum (1980, p. 52), a própria iniciativa do magistrado acerca da produção de mais provas para além daquelas trazidas pelas partes já revela, de imediato, uma atividade valorativa do juiz; visto que julga insuficientes as provas constantes dos autos. Dessa forma, a própria reconstituição dos fatos já se mostra como uma prática altamente subjetiva, tendo em vista que a própria atividade probatória é condicionada pelos interesses e concepções divergentes dos órgãos e das partes que a produzem.<sup>53</sup>

Enfatizando também a construção do caso penal como uma prática ideológica, Salo de Carvalho afirma que

o hiato existente entre o universo jurídico e as expectativas da sociedade, sobretudo das pessoas envolvidas nos conflitos judicializados, é potencializado pela construção despótica, fragmentária e fictícia do processo. O caso em julgamento, portanto, muitas vezes é totalmente outro daquele que foi experimentado/vivenciado pelos sujeitos concretos - "o Direito trata não com o fato acontecido, mas com uma hipótese de como ele aconteceu. Esta hipótese é repleta de subjetividade, de valores, todos construídos a partir dos envolvidos no processo judicial (...)", portanto "seu início sempre é uma hipótese já construída a partir da interferência (objetiva ou subjetiva) de pessoas não envolvidas no fato em si". Assim, é perceptível que "(...) la distancia entre conflicto real y conflicto procesal, es notoriamente aumentada en el procedimiento penal (...)". (CARVALHO, 2008, p. 28).

É nessa perspectiva que referido autor define o processo penal não como o método apto a descobrir a verdade, como pressupõe a corrente dogmática, influenciada, nitidamente, pelo pensamento cartesiano, concepção essa que ainda se prolonga no pensamento jurídico atual. Porém, define-o como o laboratório no qual a realidade histórica se adequa à decisão do juiz, principalmente através da instrução probatória. (CARVALHO, 2008, p. 74).

---

<sup>53</sup> Nas palavras de Nilo Bairros de Brum: "*Em que pese o mito da verdade real, os fatos serão sempre reconstituídos de forma indireta, através de uma atividade probatória que longe está de ser imaculada e isenta. Na produção das provas intervêm diversos órgãos e pessoas condicionadas por interesses diferentes ou por concepções diversas a respeito do criminoso*". Nesse sentido, Nilo afirma que, por exemplo, o policial típico recebe uma formação específica, que, conseqüentemente, vai desenvolver na categoria uma ideologia particular, o que acaba sendo natural em qualquer profissão; mas que "*essa maneira peculiar de ver as coisas influi na forma como são feitos os inquéritos policiais, na forma como são conduzidas as investigações, na forma como são pertinenciados os fatos que devem ser provados ou, em outras palavras, na forma como os fatos são reconstituídos pela prova policial*". (BRUM, 1980, p. 53).

Contudo, mesmo diante da própria parcialidade da atividade probatória, que, diante do conflito de interesses das diversas partes em jogos, acaba ensejando mais de uma hipótese igualmente verossímil para a solução do caso, as quais ainda são normalmente contraditórias, exige-se do juiz "a habilidade de arrancar dos autos a verdade real" (BRUM, 1980, p. 54). Cabe, pois, questionar o que seria, assim, essa

Verdade (do crime, do criminoso, da pena)? Responderá Nietzsche: "um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões, das quais se esquece o que são, metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora só entram em consideração como metal, não mais como moedas". (CARVALHO, 2008, p. 47-48).

Ou seja, essa verdade nada mais seria que uma construção retórica; a qual, a partir da sua concepção, proposta por Isaac Reis, como instrumento para análise do discurso, permite que se visualize a parcialidade da atividade do juiz não apenas na atividade de avaliar as provas que lhe foram apresentadas, mas também quando decide tomar qualquer iniciativa probatória.

Revelando, assim, esse aspecto ideológico presente na atividade do juiz e no próprio Direito Penal e Processual Penal como um todo, Nilo Bairros de Brum (1980) mostra como a Teoria Geral da Prova possui princípios que são contraditórios entre si, os quais podem ser usados pelo magistrado para sustentar qualquer uma das hipóteses que escolher. Ocorre que essa é a mesma teoria que, em tese, deveria fornecer elementos para auxiliar o juiz a avaliar a prova; e, dessa forma, deveria constituir-se em um método eficaz para se atingir a "verdade real" do caso. Não é dessa forma, entretanto, que ela se apresenta na prática.

Tal constatação, de uma Teoria Geral da Prova que, englobando princípios contraditórios, permite ao juiz escolhê-los de acordo com a hipótese que pretende sustentar, evidencia o "primado das hipóteses sobre os fatos", sobre o qual se falou no primeiro capítulo. Uma vez que, escolhendo o juiz primeiramente a hipótese que irá adotar para solucionar o caso concreto, o Direito Processual Penal, especificamente a Teoria Geral da Prova fornecerá um vasto repertório de princípios que lhe possibilitarão justificar sua decisão, seja lá qual for, perante a comunidade jurídica; tornando-a, assim, legítima.

Faz-se necessário, pois, visualizar, nas palavras do próprio autor, como essa articulação entre princípios que se contradizem e se limitam reciprocamente pode ser usada na argumentação do juiz para justificar decisões diversas:

Em um processo em que o réu "foi defendido" por um advogado inepto ou desinteressado, deixando correr os prazos sem oferecer as provas da defesa, o juiz encontra-se prestes a proferir a sentença. A prova produzida pela acusação é convincente no sentido da condenação. Ocorre que o juiz toma conhecimento de que o réu dispunha de importantes provas que não foram carreadas oportunamente ao processo.

Se o julgador articular o princípio da preclusão com os princípios do ônus da prova e da concentração da prova, certamente condenará o réu, pois a ele cabia defender-se por intermédio de advogado capaz que produzisse a prova da defesa no momento processual para isso destinado.

Se o juiz enfatizar os princípios do interesse público e o da inquisitividade na ordenação e prática das provas, provavelmente determinará, "de ofício, diligências no sentido de colher as provas de defesa, podendo, com isso, mudar o rumo decisório.

Por outro lado, se o julgador der ênfase à garantia constitucional de ampla defesa, poderá combinar o princípio da liberdade de prova com os princípios da contrariedade e do interesse público, declarando o réu indefeso e anulando o processo em parte, a fim de que se repita a instrução e se estabeleça efetivamente o contraditório.

Ora, colocadas as coisas sob este ângulo, a teoria geral da prova vai aparecer como uma combinatória de argumentos. Uma combinatória regional que, a exemplo do ocorre com os "métodos" de interpretação da lei, permitem a manipulação da prova, proporcionando uma autêntica "modelística" dos fatos. Essa pretensa teoria nada mais é do que uma coleção de *topoi* que viabilizam a justificação retórica de decisões sobre a prova a nível pragmático. (BRUM, 1980, p. 67).

Essa múltipla possibilidade de fundamentos, ou seja, de argumentos conferidos ao juiz para justificar suas decisões, evidencia certa maleabilidade do próprio "sistema jurídico" e quebra, de imediato, qualquer pretensão de coerência, de precisão e de segurança jurídica que se queira sustentar.

Tal plasticidade no uso dos argumentos pode ser observada também quando se depara, por um lado, com um sistema acusatório, afirmado pela Constituição Federal e, por outro, com um sistema inquisitório, sustentado pelo Código de Processo Penal. Plasticidade essa que é, de certa forma, decorrente dessa diversidade e contrariedade de princípios, mas não apenas daqueles referentes à Teoria Geral da Prova.

Dessa forma, o ordenamento atual, também permite, em tese, uma argumentação mais garantista ao acusado com base nos primados do sistema acusatório e nos

princípios individuais, ambos preconizados pela Constituição Federal. Supõe-se ainda que essa deveria ser a argumentação mais recorrente, tendo em vista o seu status constitucional, que possui uma hierarquia superior ao Código de Processo Penal. No entanto, não é isso que se vê majoritariamente na prática judiciária contemporânea; na qual juízes continuam fundamentando suas decisões com base nos postulados do sistema inquisitório, seja como forma de legitimar seu próprios poderes instrutórios, seja como forma de objetificar o réu como aquele detentor da verdade a ser descoberta no processo, assim como o era no período da Inquisição.

Mesmo dentro dessa perspectiva de uma busca excessiva por uma verdade real, material, substancial, ou seja lá como for denominada e qualificada essa verdade, tal maleabilidade de argumentos também pode ser facilmente vislumbrada. Isto porque, se, por um lado, poder-se-ia afirmar - como assim se pretende no presente trabalho - que ela ressuscita uma cultura inquisitiva, na qual se substitui a antiga associação do réu ao herege para associá-lo contemporaneamente à figura do criminoso, do inimigo<sup>54</sup> a ser combatido a qualquer preço; por outro, poder-se-ia também argumentar que, no fundo, essa verdade real é uma garantia ao réu e à sociedade, já que traz ao processo segurança jurídica, permitindo que só seja condenado aquele que for efetivamente e realmente culpado. É justamente sob essa segunda perspectiva que o Direito Penal e Processual Penal pretendem que a verdade real seja vista. Tal concepção é, portanto, para se utilizar o termo proposto por Sobota, a segunda realidade inventada pelo Direito e que se mostra imprescindível para a subsistência do próprio sistema penal.

Ocorre que, apesar das múltiplas possibilidades que poderiam guiar o juiz para um lado ou para outro no momento de decidir e de fundamentar suas decisões, vê-se uma certa recorrência e regularidade nas sentenças e na escolha dos argumentos para fundamentá-las, não utilizando dos princípios e manipulando os fatos ao seu bel prazer. Isto porque, para além do respaldo jurídico, que, segundo Nilo Bairros de Brum, caracteriza-se como um requisito formal para a validade de uma sentença, esta necessita também de requisitos retóricos,<sup>55</sup> para que seja, assim, aceita e confirmada pela comunidade jurídica da qual os magistrados fazem parte.

---

<sup>54</sup> Tal termo é usado por Eugenio Raul Zaffaroni, em seu livro *O inimigo no Direito Penal* (2007).

<sup>55</sup> Nilo Bairros de Brum define os requisitos retóricos da sentença como o "*conjunto de argumentos essenciais (essencial no sentido de mínimo necessário e provavelmente suficiente) da sentença, entendida esta como*

Dessa forma, como participantes de uma comunidade jurídica, os juízes partilham valores com seus pares e com a própria sociedade com a qual essa comunidade específica também se relaciona. Afinal, não poder-se-ia pressupor que os magistrados são seres isolados, que formam suas concepções independentemente de qualquer interferência externa; visto que são seres sociais, que necessitam da linguagem para agir no mundo. Ademais, não poder-se-ia supor também que essa esfera jurídica seja desvinculada da esfera social como um todo; já que, como mostrou o constrangimento do encadeamento proposto por Sobota, para sua própria subsistência, o Direito deve refletir valores compartilhados pela sociedade.

Compartilhando, assim, valores comuns, frutos de disputas valorativas acordadas e estabelecidas dentro dessa comunidade jurídica, forma-se certa homogeneidade valorativa entre os juízes. Esta homogeneidade advém daquilo que Nilo Bairros de Brum denomina de "raciocínio jurídico", que "pode ser definido como [o] condicionamento estrutural-valorativo que determina uma maneira característica de pensar e valorar" (BRUM, 1980, p. 69); consistindo, pois, "na recomendação de que os juízes mantenham-se dentro do *standard* geral de valoração dos juristas, ou, em outras palavras, dentro da 'filosofia particular' ou ideologia dominante na comunidade jurídica" (BRUM, 1980, p. 69). Seria, nesse aspecto, os constrangimentos da autorreferência e da reflexividade, apresentados por Sobota, que condicionam o agir do juristas através da imagem gerada a partir dessas práticas judiciais. Afinal, o que faz um jurista é justamente o fato de pensar e de agir como tal.<sup>56</sup>

Dessa homogeneidade valorativa, o que ela revela é que majoritariamente os juízes adotam o discurso da verdade real, para além de justificarem seus próprios poderes

---

*discurso persuasivo*". (BRUM, 1980, p. 4-5). Esses requisitos decorreriam do fato de que "o juiz precisa convencer de que decide de forma legítima, válida e justa". (BRUM, 1980, p. 4-5).

<sup>56</sup> Nilo Bairros de Brum sintetiza bem o raciocínio exposto acima, ao afirmar que "em um sistema processual baseado no livre convencimento, não é fácil (diríamos que é praticamente impossível) reconstituir os reais motivos que levaram um juiz a decidir conforme decidiu. No que se refere à avaliação da prova, os códigos são lacônicos; a doutrina, extremamente plástica, e a jurisprudência, vacilante. Com tais instrumentos os juízes podem manipular os fatos segundo seu temperamento, sua formação pessoal, sua ideologia enfim, o que não implica que isso seja feito de forma consciente e premeditada. [...] Não se deve perder de vista que esse instrumental...reflete anseios, aspirações, crenças e contradições de uma época histórica, fixados por um saber regional que se manifesta como repositório para onde vão confluír os mais diversos setores do saber e do poder. Corresponde, pois, à ideologia particular de um setor específico: a comunidade de juristas. Essa ideologia setorial pode ou não estar em relação de sincronia com as demais ideologias dominantes na sociedade, mas, historicamente, tem demonstrado ser sempre capaz de assimilar (às vezes com certa resistência) as novas ideologias que se tornam hegemônicas. A reflexão acerca da dimensão retórica da prova leva-nos a concluir que, ao contrário do que se costuma pensar, a fixação do fato sob juízo não está determinada unicamente por juízos descritivos, mas principalmente por juízos de valor e que a legitimação das decisões judiciais passa pela justificação persuasiva também no que se refere à esfera fática." (BRUM, 1980, p. 71).

instrutórios, para procurarem com base nela provas que possam, enfim, levar à condenação. Isto porque, como sustenta Paulo Rangel, "no Código de Processo Penal brasileiro, elaborado na época de Getúlio Vargas, ditador, juiz não investiga para absolver, até porque, se não tem provas, deve o réu ser absolvido" (RANGEL, 2010, p. 12).

Dessa forma, tal discurso representa não uma verdade neutra, mas a verdade da acusação, visto que o objetivo precípuo da prova é sustentar a acusação e a eventual condenação ao final do processo.<sup>57</sup> Ademais, se ela fosse de fato uma garantia ao réu, sendo pressuposto da segurança jurídica, como assim afirma o discurso oficial, o que se veria no Brasil é a diminuição do número de prisões e não o encarceramento em massa com o qual se depara hoje. Isto porque, diante da impossibilidade de se alcançar à verdade do caso concreto, os juízes, por mais provas que pudessem produzir, ver-se-iam obrigados a absolver; tendo em vista a incapacidade de se chegar à certeza sobre todos os pressupostos que caracterizam um crime e ensejam a condenação.

Além do que, caso o Direito Penal e Processual Penal brasileiro fossem de fato garantistas, nem sequer precisariam ainda sustentar esse discurso. Isso pois, com base nos princípios constitucionais da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, caracterizada qualquer dúvida sobre a autoria e a materialidade do crime ou sobre qualquer outro ponto relevante ao deslinde da causa, caberia ao juiz, de imediato, absolver o réu. Assim, em conformidade com tais princípios, não se configura possível ao juiz sair à procura de provas sob o argumento de buscar a verdade do caso; uma vez que incumbe, tão somente, à acusação provar aquilo que alegou.

Dessa forma, a construção da verdade dentro do processo penal objetiva, sobretudo, a condenação e a punição do réu. E será sob esse aspecto, em consonância a essa verdade que almeja condenar, que se dará paralelamente a construção probatória; inclusive quanto à análise dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do acusado, ao longo

---

<sup>57</sup> Sobre essa visão da prova como fundamento da tese acusatória e de uma eventual condenação, pode-se depreendê-la também dos ensinamentos de Espinola Filho, para o qual "*a prova é justamente a atividade desenvolvida, no curso dessa ação, no sentido de convencer de que ocorreu, efetivamente a infração penal e dela é ou são autores quem a denúncia ou queixa acusa, bem como de ter havido, ou não, causas, que, justificando a ação ou omissão, excluem a criminalidade ou motivos para afastar a responsabilidade do agente.*

*Sabaniti, na demonstração de que a prova é o fundamento do direito judiciário, a define, unindo o elemento lógico ao real, isto é, o conceito da demonstração da acusação com o dos dados dessa própria demonstração: 'o conjunto dos meios e de métodos positivos, pelos quais é possível exprimir o nosso julgamento sobre a verdade de uma acusação'.*" (ESPINOLA FILHO, 1965, p. 434).



do processo e no momento da fixação da pena, como assim o determina o artigo 59 do Código de Processo Penal.

Tal análise da vida pregressa do acusado configura-se também como uma reconstrução feita pelo magistrado, que visa procurar e de certa forma moldar elementos no seu passado que possam justificar a pena e, assim, legitimar a intervenção penal (CARVALHO, 2008, p. 206-210). Isto porque a história de vida de alguém não é um dado objetivo, que pode ser representado por fatos arquivados ao longo dos anos e que estão disponíveis à análise, como em uma base de dados. Ao contrário, qualquer análise sobre o passado - seja do condenado, seja do crime - não passa de uma reconstrução, de uma interpretação e, portanto, será sempre subjetiva e parcial. Nessa medida, a citação de Cristina Rauter, trazida por Salo de Carvalho, elucida bem esse intuito:

Cristina Rauter, ao investigar os pareceres técnicos de verificação de periculosidade, fornece os elementos de sustentação da tese: "(...) a história individual era efetivamente utilizada não para produzir o novo [finalidade da análise], mas para buscar na infância os indícios de uma tendência para o crime. E esta busca era sempre coroada de 'êxito': encontrava-se sempre, por trás de um criminoso, a história de uma personalidade criminosa. [...] No dispositivo jurídico-policia uma história pregressa é buscada para configurar motivos e indícios criminosos...". (RAUTER *apud*. CARVALHO, 2008, p. 210).

É inegável, pois, como a verdade real, na prática judiciária contemporânea, assume majoritariamente a roupagem do discurso da acusação. E, dessa forma, é usada para legitimar a excessiva busca probatória, que se caracteriza, por fim, pela excessiva busca por provas que possam levar à condenação e, ao mesmo tempo, possam justificar a intervenção penal.

### **3.4 - Verdade da acusação como um discurso exitoso sob a emergência da sociedade do risco**

A pós-modernidade, como visto, caracteriza-se pela fragmentação de todos os valores e certezas advindos da modernidade; e, diante dos fundamentos móveis sobre os quais se assenta, toma consciência do seu caráter plural, subjetivo, contingencial e, portanto, relativo. Em face do desmoronamento das noções de verdade e certeza e do enfraquecimento

do discurso científico, os quais preconizavam valores como o da previsibilidade e o da segurança, decorrentes do bom uso da razão e do método, que possibilitariam, por sua vez, o alcance da verdade, essa nova sociedade pós-moderna se vê perante uma constante e generalizada sensação de insegurança. Sensação essa que surge justamente em razão de tal sociedade não conseguir mais prever os eventos e relações como outrora lhe era facultado.

Ulrich Beck, referindo-se ainda ao próprio período Moderno, afirma que "na modernidade tardia, a produção social da riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos" (BECK, 2011, p. 23), o que irá culminar no surgimento daquilo que ele chama de "Sociedade de risco". Afirma que a noção de risco não é exclusiva da Modernidade, mas que os riscos nesta se diferenciam pelo seu alto grau de proporção e alcance, em decorrência da globalização. Aduz, assim, que os riscos civilizatório próprios da modernidade

têm sua causa numa *super*produção industrial. Os riscos e ameaças [...] diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade* de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior. (BECK, 2011, p. 23).

Se todos esses riscos provenientes da sociedade moderna-industrial irão ensejar uma sensação generalizada de medo e insegurança, há que considerar que essa será ainda ampliada e intensificada na sociedade pós-moderna, em razão de todos os elementos que a caracterizam. Tal constatação, de certa forma, encontra-se presente no pensamento de Ulrich Beck, ao afirmar que esses riscos seriam sistematicamente agravados com o desenvolvimento ulterior da modernidade. Assim, a sensação de insegurança e de medo na sociedade pós-moderna chega a níveis ainda maiores, já que não conta mais com a confiança cega no método e na razão como formas de lhe oferecer certa previsibilidade e segurança frente às incertezas e aos relativismos que caracterizam a realidade. Segundo Bauman,

é a insegurança do presente e a incerteza do futuro que produzem e alimentam o medo mais apavorante e menos tolerável. Essa insegurança e essa incerteza, por sua vez, nascem de um sentimento de impotência: parecemos não estar mais no controle, seja individual, separada ou coletivamente, e, para piorar ainda mais as coisas, faltam-nos as ferramentas que possibilitariam alçar a política a um nível em que o poder já se estabeleceu, capacitando-nos assim a recuperar e reaver o controle sobre as forças que dão forma à condição que compartilhamos, enquanto estabelecem o âmbito de nossas possibilidades e os limites à nossa liberdade de escolha: um controle que agora escapou ou foi arrancado de nossas mãos. O demônio do medo não será exorcizado até encontrarmos (ou, mais precisamente, construirmos) tais ferramentas. (BAUMAN, 2007, p. 32).

A intensificação dessa insegurança corresponde, pois, à tomada de consciência do homem como ser carente que o é, que necessita da linguagem para intermediar a realidade, que não lhe é acessível. Isso em contraposição à visão triunfante do ser humano, como ser onipotente tanto em relação ao seu saber quanto em relação ao seu agir (GIACÓIA JR., 2000, p. 26), concepção típica do pensamento moderno.

Ocorre que essa generalização do medo e da insegurança terá reflexos diretos no sistema penal, que será o instrumento no qual a sociedade irá depositar suas expectativas para tentar contornar essa onda de insegurança e de medo. Se o Estado liberal, no século XIX, era caracterizado por uma intervenção mínima e subsidiária, mesmo dentro da esfera política-criminal; o Estado social, no século XX, em contrapartida, caracterizar-se-á pela figura do Estado-protetor, acompanhada da expansão do controle penal, como forma de gerir esse medo através da prevenção de riscos (CARVALHO, 2008, p. 84-87). De acordo com Salo de Carvalho, é

na iminência e consolidação do Estado social que se potencializa e se redimensiona a idéia liberal de segurança e nascem as contemporâneas noções de prevenção - "(...) atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco"- que balizarão as formas jurídicas do século XX e XXI. (CARVALHO, 2008, p. 85).

É a própria institucionalização do medo e da insegurança como forma de propiciar o agigantamento do sistema penal<sup>58</sup>, em razão do aumento dos bens jurídicos por ele tutelados; e a expansão do próprio poder punitivo, sob a forma de prevenção e de análise da periculosidade individual do criminoso a ser aferida antes mesmo da consolidação de qualquer crime (CARVALHO, 2008, p. 84-87). Salo de Carvalho afirma que esse Estado intervencionista criminalizador enseja uma mudança normativa em todas as esferas. Especificamente, no plano do Processo Penal, aduz que ela será percebida pela

relegitimação de sistemas inquisitoriais através da supressão dos direito de ampla defesa, da diminuição das garantias de presunção de inocência e contraditório (gradual inversão do ônus da prova e inserção de juízos de periculosidade) e da

<sup>58</sup> Sobre esse agigantamento do sistema penal, em virtude dessa generalização do medo, que irá configurá-lo como um *superdireitopenal*, cabe transcrever os questionamentos e apontamentos apresentados por Beatriz Vargas em sua tese de doutorado: "*Ou, ao contrário, é antes, [esse superdireitopenal] um controle atônito, de certa maneira 'descontrolado ou até mesmo paranóico, que exatamente por não conseguir saber de onde pode vir o perigo, e abrindo mão de qualquer saber sobre o 'criminoso', se transforma em um verdadeiro panopticon social extravasado? [...] Sem dúvida, são tempos sombrios. É impossível não perceber os processos de imbecialização coletiva a cargo da mídia de massa [...] É real a ameaça e o acidente nuclear; o mundo se tornou perigoso demais. Há um pânico generalizado. A multidão é, como diz De Giorgi, 'redefinida pelas estratégias de controle como fontes de incerteza permanente, fobia do diferente e pânico pelo imprevisível'*". (REZENDE, 2011, p. 17-19).

obstaculização de individualização (taxação cada vez maior das penas), da oralidade (ampliação das formas escritas), da imparcialidade do juiz (gestão da prova pelo órgão julgador) e da idoneidade das provas (admissibilidade de provas anteriormente consideradas ilícitas). (CARVALHO, 2008, p. 87).

Basicamente, diante da sensação generalizada de insegurança, cresce paralelamente um sentimento de confiança nas virtudes do sistema penal, como uma forma de fornecer a proteção necessária para antecipar e prevenir os riscos ou ao menos reprimi-los; o que enseja, pois, a sua própria expansão por meio da "maximização dos aparatos de controle" (CARVALHO, 2008, p. 89).<sup>59</sup> Nessa tarefa, a sociedade assimila como legítima qualquer tentativa que aparente conter essa insegurança, que se apresenta sobretudo na ideia de contenção da criminalidade. Ainda nas palavras de Salo de Carvalho:

No atual quadro de invenção de novos bens jurídico-penais, novo discurso legitima o controle punitivo: o direito penal do risco. À retórica fundada na ideia de risco incontrolável e catastrófico alia-se a ansiedade de poder antecipar e de obstaculizar, através do direito (penal de prevenção), os eventos trágicos inerentes às características da sociedade contemporânea.

[...]

A potência narcísica do discurso é exposta quando da atribuição ao direito penal da responsabilidade de garantir a proteção dos principais interesses da Humanidade, inclusive interesses das gerações futuras.

Todavia a potência retórica, por mais mobilizadora, tende a cegar o orador, impedindo-o de perceber as limitações do seu agir (científico) e sua real capacidade (política) de contribuição para minimizar os problemas derivados das novas situações. O sonho narcísico de resolução das grandes questões da civilização, tutelando a Humanidade de sua própria extinção, ao mesmo tempo em que entorpece o pensamento jurídico-penal, ofusca a realidade, fornecendo elementos irreais para o diagnóstico e, conseqüentemente, para o prognóstico. (CARVALHO, 2008, p. 91-93).

A potencialidade desse discurso, o qual incorpora essa noção de risco incontrolável e catastrófico já presente na sociedade, é ainda corroborada e acentuada pela grande mídia, que faz do crime e da violência os grandes negócios jornalísticos da atualidade (CASTRO, 1983, p. 31-34). Tal conduta, ao reforçar o pânico em relação a esse aparente auge

---

<sup>59</sup> Para o autor, é "fundamental diagnosticar, neste quadro, que na sociedade do risco fundada sob a égide do medo, todos os tipos de lesão, independentemente da qualificação do bem jurídico, e de conflitos, para além de sua dimensão pública ou privada, acabam sendo de algum modo abarcados pelo controle penal. Não apenas é fomentada a expansão do penal à criminalidade de rua e à criminalidade de sangue, em decorrência da legitimidade que os meio de comunicação de massa fornecem aos Movimentos de Lei e de Ordem e às políticas de Tolerância Zero, como ao controle repressivo é auferido o papel de tutela de bens transindividuais afetados pelos riscos catastróficos.

Neste quadro, o direito penal, chamado novamente para assumir a responsabilidade pelos danos aos interesses sociais e para fornecer resposta às novas demandas (aos novos riscos), produz revigorado redimensionamento da sua estrutura." (CARVALHO, 2008, p. 88)

delitivo, que, mais do que uma correspondência estatística, representa a manipulação dos meios de comunicação (CASTRO, 1983, p. 31-34), cumpre bem o seu papel de legitimar o controle punitivo, que passa a ser visto cada vez mais como necessário. E, como exposto acima, toda essa potencialidade tende a "cegar" o próprio sistema, enquanto operador desse discurso, que passa a assimilar a crença na sua própria bondade e nas suas próprias virtudes; não enxergando, assim, as suas limitações e a sua real capacidade; o que permite, por sua vez, que todos seus mecanismos ideológicos continuem latentes.

Ora, é exatamente essa necessidade de ingerência cada vez maior do sistema penal, como forma de proteger esta sociedade contra os riscos, que torna legítimo o discurso de uma verdade real, sobretudo o de uma verdade real que se incorpora à verdade da acusação. Isto porque, a afirmação desse instituto, ao possibilitar ao juiz sair em busca de provas que possam sustentar uma eventual condenação, legitimando-a, permite ao Estado-penal prender mais;<sup>60</sup> pois, como vimos, caso fosse para absolver, os juízes já contariam com os institutos da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, que dispensam qualquer interferência do magistrado na instrução probatória perante à insuficiência de provas trazidas pela acusação.

Dessa forma, a partir de tal discurso, a sociedade tem a impressão de que o sistema penal cumpre sua função com êxito e eficiência, repreendendo os culpados e, assim, prevenindo-a e protegendo-a de riscos futuros, que vêm associados principalmente à criminalidade. Constatase, assim, que uma verdade real que ensejasse mais a absolvição do que a condenação não se constituiria em um discurso tão persuasivo, visto que não encontraria suporte nas próprias expectativas da sociedade.<sup>61</sup> Expectativas que representam os próprios valores compartilhados por esta sociedade contemporânea.

---

<sup>60</sup> Esse Estado-penal que prende cada vez é evidenciado no 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, no qual a socióloga, Jacqueline Sinhorretto, afirma que a "*população prisional no Brasil não para de crescer. As políticas públicas de melhoria da segurança, de aprimoramento das polícias, de redução de crimes, de aperfeiçoamento da justiça criminal – quando colocadas em prática – produziram o efeito de aumentar cada vez mais o número de presos. E mesmo em localidades em que não houve melhoria significativa da sensação de segurança, o número de presos cresceu. Segundo as projeções do FBSP, entre 1999 e 2014 o número de pessoas presas triplicou. Se mantivermos a mesma aceleração para os próximos anos, chegaríamos em 2030 com 1,9 milhão de presos. Hoje existem 1.424 unidades prisionais no país: em todos os estados há unidades com superlotação [...] Para manter o crescimento do número de presos seriam necessários 5.816 novos presídios nos próximos 15 anos.*" (9º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, p. 84).

<sup>61</sup> Tal constatação é corroborada pela estatística fornecida pelo 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, segundo a qual "50% dos residentes nas grandes cidades brasileiras concordam com a frase 'Bandido bom é Bandido Morto'", contra apenas 45,3% da população que discordam de tal afirmação. (9º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, p. 7). De tais dados pode-se depreender, assim, que uma verdade

Ademais, o discurso oficial da verdade real, ao acentuar valores como o da objetividade e o da previsibilidade, através da imparcialidade do juiz e do próprio potencial simbólico do termo verdade, proclama como seus fundamentos e objetivos justamente os "bens" mais almejados por essa sociedade pós-moderna, quais sejam, a sensação de certeza e de segurança frente a uma realidade que se apresenta cada vez mais como inacessível e incerta. Sensações essas que dentro do Direito ganham os contornos de uma segurança jurídica, a qual só uma sentença assentada na verdade real é capaz de assegurar.

Fica claro, dessa forma, diante dos valores da insegurança e do medo, que são por nós - enquanto integrantes de uma comunidade - compartilhados, como o discurso da verdade real é persuasivo e eficaz. E evidencia-se, assim, como tal discurso é legitimado pela própria sociedade, em nome de uma suposta segurança jurídica. É, pois, exatamente em razão de tais constatações que se possibilita ao Direito Processual Penal ainda sustentá-lo.

### **3.5 - O autoritarismo da verdade oculto na noção de segurança jurídica e a latente busca por legitimação**

Trazendo, pois, essa promessa de segurança jurídica por intermédio da também promessa de se alcançar a verdade real do caso concreto, ao sistema penal lhe foi possibilitado expandir. Isso sobretudo por meio da generalização daquilo que Salo de Carvalho denomina de "crença na bondade do poder punitivo" (CARVALHO, 2008, p. 74), pela qual lhe é depositado a expectativa de ser um instrumento apto a controlar os riscos desta sociedade. Riscos estes que se revestem primordialmente através dos riscos advindos da criminalidade, a qual, por sua vez, é vista como a principal causa de violência.

Essa crença é muito bem representada e assimilada pela dogmática penal, a qual, segundo Vera Regina Pereira de Andrade, traduz essa promessa de racionalização e segurança jurídica pela promessa de "racionalização do poder punitivo estatal e segurança jurídica na administração da Justiça Penal" (ANDRADE, 2015, p. 23)<sup>62</sup>. Tal racionalização

---

real que ensejasse mais a absolvição do que a condenação esbarraria no próprio "desejo punitivista" que se encontra presente na sociedade.

<sup>62</sup> Versão e-book: Capítulo II - Específica Identidade da Dogmática Jurídico Penal, p. 23.

tem por fim creditar "à Ciência Penal uma instrumentalização racionalizadora/garantidora" (ANDRADE, 2015, p.33)<sup>63</sup>. Nesse sentido, Vera Regina Pereira de Andrade afirma:

Opondo dicotomicamente irracionalidade (arbitrariedade, acaso, azar, subjetividade, improvisação) e racionalidade (igualdade, uniformização, previsibilidade, calculabilidade, certeza, segurança) no exercício do poder punitivo do Estado que se materializa na aplicação judicial do Direito Penal e identificando racionalidade e justiça, o discurso dogmático aspira exorcizar a primeira pela mesma via sistemática que promete realizar a segunda.

A dogmática afirma-se, portanto, desde sua gênese histórica, como uma Ciência sistemática e eminentemente prática ao serviço de uma administração racional da justiça penal que teria como subproduto a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais. (ANDRADE, 2015, p. 30)<sup>64</sup>

No entanto, nessa função declarada presente no discurso oficial apresentado pelo Direito Penal e Processual Penal, que promete uma possibilidade de racionalização e de segurança jurídica, encontra-se os principais fundamentos de sua legitimação; visto que esta torna-se possível justamente por oferecer tais promessas. Tal constatação evidencia, dessa forma, o caráter retórico desse discurso; uma vez que, nos termos da teoria proposta por Sobota, tal criação discursiva denota que as teias linguísticas do "sistema" penal são construídas de maneira tal que lhe permite assegurar sua própria subsistência.

Nesta medida, o discurso de uma verdade, seja ela real, material ou substancial, tem uma posição funcional dentro do sistema. Isto porque, além de contribuir, como visto, para sua legitimação perante à sociedade, possibilita a expansão do Direito Penal

<sup>63</sup> Versão e-book: Capítulo II - Específica Identidade da Dogmática Jurídico Penal, p. 33.

<sup>64</sup> Versão e-book: Capítulo II - Específica Identidade da Dogmática Jurídico Penal, p. 30.

Vera Regina Pereira de Andrade, com o intuito de enfatizar como a dogmática penal se vale desse discurso da racionalidade e da segurança jurídica, traz citações de diversos autores que o sustentam. Algumas das quais transcreve-se abaixo:

*"A dogmática nos deve mostrar o que é devido com base no direito [...] Torna possível, por conseguinte, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, torna possível subtraí-lo à irracionalidade, à arbitrariedade e à improvisação. Quanto menos desenvolvida esteja uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do acaso e de fatores incontrolláveis [...]"*

*Desta forma, prossegue Gimbernat (1983,p.30), em um autêntico Estado de Direito, a Dogmática Penal é um instrumento imprescindível para manter o Direito Penal sob o controle, para que a pena não chegue mais longe do que o legislador se propôs que chegue.*

[...]

*Também da Dogmática alemã, reitera Jescheck (Citado por Roxin, 1972, p. 18), que:*

*'(...) sem a articulação sistemática do conceito de delito, a solução de um caso jurídico permanece 'insegura e dependente de considerações sentimentais'. As características gerais do conceito do delito, que se resumem na teoria do delito, possibilitam, aliás, uma jurisprudência racional e uniforme, e ajudam, de um modo essencial, a garantir a segurança jurídica'.*" (ANDRADE, 2015, versão e-book: Capítulo II - Específica Identidade da Dogmática Jurídico Penal, p. 26-27)

através de uma aparente racionalização. E, dessa forma, tal discurso permite ao poder punitivo exercer a função que permanece oculta aos olhos da sociedade, qual seja, a possibilidade de controle social.

Fazendo ainda uma distinção entre a legitimidade e a legitimação conferida ao sistema penal e trazendo, ao final, uma citação de Alessandro Baratta que se mostra muito pertinente, Vera Regina Pereira de Andrade sustenta que

a legitimidade do sistema penal requer, desta forma, uma congruência da sua dimensão operacional em relação à sua dimensão programadora em nome da qual pretende justificá-lo; ou seja, requer não apenas sua operacionalização no marco da programação normativa (exercício racionalizado de poder), mas também o cumprimento dos fins socialmente úteis atribuídos ao Direito Penal e à pena (programação teleológica).

É necessário distinguir assim entre legitimidade e legitimação. Por legitimidade entendemos uma qualidade que se pode predicar ao sistema pela relação de congruência entre programação (normativa e teleológica) e operacionalização. Por legitimação entendemos o processo mediante o qual se atribui esta qualidade ao sistema. Trata-se do processo de reprodução ideológica do sistema penal e produção de consenso (real ou fictício) a seus respeito tanto em relação aos agentes do sistema como ao público em geral que

'(...) representa o modo como o sistema punitivo tende a ser concebido por parte dos indivíduos aos quais incube a tarefa de prepará-lo, administrá-lo, controlá-lo e transmitir dele uma imagem útil ao seu funcionamento. Mas este esquema ideológico não é um esquema somente imaginário do sistema punitivo, privado de contato com a realidade. Antes de tudo, por meio da ideologia dos próprios organismos oficiais se realiza, de fato, aquela função e autolegitimação do sistema que Weber chama a 'pretensão de legitimidade'. (Baratta, 1991a, p. 178) (ANDRADE, 2015, p. 19-20).<sup>65</sup>

Diante, assim, da constatação de como o discurso da verdade real encontra-se legitimado através dos valores partilhados por esta sociedade contemporânea, faz-se necessário mostrar de que forma essa mesma racionalidade e segurança que o sustentam são operacionalizadas para funcionarem como meios de racionalização do poder de punir, servindo, pois, como instrumentos de controle social.

---

<sup>65</sup> Versão e-book: Capítulo III - O impulso desestruturador do moderno sistema penal e a mudança de paradigma em Criminologia, p. 19-20.

Nesse sentido, Vera Regina Pereira de Andrade afirma que por mais que se possa, eventualmente, questionar a legitimidade do sistema penal, tendo em vista que não cumpre com todas as suas funções declaradas, diante da fácil constatação de que ele não consegue prevenir todos os riscos da sociedade contemporânea; esse questionamento não é acompanhado, necessariamente, de uma indagação acerca da sua autolegitimação oficial. Isto pois o esquema ideológico constituído por ele, principalmente através da institucionalização da insegurança e da generalização do medo, permanece intacto. Em suas palavras: "*Nesta perspectiva, uma crise ou perda de legitimidade do sistema - que tem lugar na medida em que o sistema não opera no marco da programação ou não cumpre as funções declaradas - não é necessariamente acompanhada da perda de sua autolegitimação oficial.*" (ANDRADE, 2015, versão e-book: Capítulo III - O impulso desestruturador do moderno sistema penal e a mudança de paradigma em Criminologia, p. 20).



É nessa perspectiva que Foucault sustenta, em *Vigiar e Punir* (2011), que o discurso punitivo do Século XX, que tem sua origem no século XVIII, enseja uma nova forma de violência, a institucional,<sup>66</sup> apesar de paradoxalmente prometer o combate à violência advinda da criminalidade. Isto porque, para o autor, tal discurso punitivo, baseado na vigilância e no controle total, possibilita sobretudo a disciplina do corpo social;<sup>67</sup> na medida em que, ao instituir o medo da punição em caso de desobediência a esse controle, enseja a socialização de seus integrantes. Dessa forma, essa própria socialização do corpo social configura-se como uma forma de violência, que, neste caso, é perpetrada pelo próprio poder punitivo.

Sobre esse controle total que só é possível através de um poder punitivo que seja racional, Foucault afirma que

o verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova "economia" do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social. A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja, dissociando-o do sistema da propriedade, das compras e

---

<sup>66</sup> Sobre o sistema punitivo como um sistema que, ao reproduzir as violências estruturais presentes na sociedade, gera uma violência institucional através da pena, Alessandro Baratta afirma:

*"Sustentar o argumento de que a pena não pode cumprir uma função instrumental relevante, mas apenas uma função simbólica [tendo em vista que, segundo o autor, ela não cumpre sua função instrumental de defesa social e de controle da criminalidade; além do que, devido ao seu caráter extremamente estigmatizante, acaba produzindo efeitos contrários à ressocialização que promete trazer], significa negar a realização das funções "úteis" declaradas pelos sistemas penais, precisamente a de defender os bens jurídicos, reprimir a criminalidade, condicionando a atitude dos infratores reais ou potenciais ou neutralizando os primeiros (infratores reais).*

*Não obstante, isto não significa que em lugar das funções instrumentais declaradas, o sistema de justiça penal não produza efeitos reais e não cumpra funções latentes, não declaradas. Estes efeitos e funções incidem negativamente na existência dos indivíduos e na sociedade, e contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e poder. Deste ponto de vista, a pena apresenta-se como violência institucional que cumpre a função de um instrumento de reprodução da violência estrutural."* (BARATTA, 1993, p. 52).

<sup>67</sup> Foucault afirma que esse novo poder punitivo, em contraposição ao presente no Antigo Regime, que não era menos cruel, mas era caracterizado pela irregularidade, *"pela existência de toda uma série de privilégios que [tornavam] incerto o exercício da justiça", "significa um esforço para ajustar os mecanismos de poder que enquadram a existência dos indivíduos: significa uma adaptação e harmonia dos instrumentos que se encarregam de vigiar o comportamento cotidiano das pessoas, sua identidade, atividade, gestos aparentemente sem importância; significa uma outra política a respeito dessa multiplicidade de corpos e forças que uma população representa. O que se vai definindo não é tanto um respeito novo pela humanidade dos condenados - os suplícios ainda são frequentes, mesmo para os crimes leves - quanto uma tendência para uma justiça mais desembaraçada e mais inteligente para uma vigilância penal mais atenta do corpo social"*. (FOUCAULT, 2011, p. 75-76).

vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbitrário do poder monárquico). A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova "economia política" do poder punitivo. (FOUCAULT, 2011, p. 78).

Fica claro da citação acima como esse discurso punitivo trabalha com categorias próprias do pensamento científico da modernidade, como a noção de racionalidade, eficiência, especificação, detalhamento e regularidade; as quais permitirão o controle social. Abordando Foucault e acentuando o "olhar de reversibilidade ideológica" que este traz à criminologia, Salo de Carvalho aduz que

a função real de ampliar as malhas de vigilância e de controle, sofisticando as formas de imposição de dor, é ocultada pelos discursos de humanização da pena (funções declaradas), apresentando ao público consumidor do sistema penal imbatível e sofisticado discurso de legitimação.

[...]

Se os objetivos oficiais dos programas ressocializadores são a correção e a reforma do *homo criminalis*, com a ruptura do ciclo delitivo e a conseqüente prevenção da reincidência, as funções latentes demonstram o contrário, revelando que o fracasso aparente integra o sucesso real das instituições totais. (CARVALHO, 2008, p. 112).

Como inserir, então, a noção de verdade dentro dessas práticas como forma de possibilitar o controle social? Face a tudo o que já foi exposto, essa pergunta não aparenta ser de difícil resolução.

Como exposto no segundo capítulo, Foucault (1999) mostra que o poder não se encontra dissociado do conhecimento, é o que ele chama de poder-saber. Mostra também que o conhecimento, por outro lado, principalmente a partir dos contornos que lhe foram traçados pelo pensamento moderno, está intrinsecamente relacionado com o estabelecimento de verdades. Isto porque, por serem tomadas como leis naturais, essas verdades podem ser universalizadas e, assim, forçam à "razão" a ceder a elas.

Dessa forma, a instituição de verdades apresenta-se como uma ferramenta muito útil ao poder, na medida em que possibilita, por oposição e a partir de critérios compartilhados pela ideologia dominante, diferenciar o que é o certo do que é o errado, o normal do anormal, o delinquente do não delinquente. Essas verdades estabelecidas permitem, assim, distinguir os indivíduos entre aqueles que se adequam às estruturas vigentes - o normal, o "cidadão de bem", o não delinquente - e aqueles que não se adequam, e que, por isso, são marginalizados - o louco, o criminoso. E mais, a avocação a uma noção de verdade

possibilita ainda que esses critérios distintivos sejam vistos como universais e a-históricos e, em razão disso, sejam tidos como de adoção obrigatória, sendo, pois, incontestáveis.

Sobre essa postura autoritária da verdade, Bauman (1998b) afirma:

A noção de verdade pertence à retórica do poder. Ela não tem sentido a não ser no contexto da oposição - adquire personalidade própria somente na situação de desacordo, quando diferentes pessoas se apegam a diferentes opiniões, e quando se torna o objeto da disputa de *quem está certo e quem está errado* - e quando, por determinadas razões, é importante para alguns ou todos os adversários demonstrar ou insinuar que é *o outro lado* que está errado. Sempre que a veracidade de uma crença é asseverada é porque a aceitação dessa crença é contestada, ou se prevê que seja contestável. A disputa acerca da veracidade ou falsidade de determinadas crenças é sempre simultaneamente o debate acerca do direito de alguns de falar com a autoridade que alguns outros deveriam obedecer; a disputa é acerca do estabelecimento ou reafirmação das relações de superioridade e inferioridade, de dominação e submissão, entre os detentores de crenças. (BAUMAN, 1998b, p. 143).

Diante, assim, dessa clara conotação autoritária que se encontra latente na própria noção de verdade, torna-se facilmente visível como a avocação do discurso da busca da verdade real dentro do processo penal cumpre eficazmente os propósitos inquisitórios. Propósitos estes que, longe de terem restringido sua abrangência ao sombrio período da Inquisição, continuam obscurecendo - por mais chocante que seja falar-se em Inquisição nos dias atuais -, sob novos moldes, o Processo Penal contemporâneo, cuja índole é claramente inquisitiva.

Mencionados propósitos inquisitórios são cumpridos na medida em que a verdade dentro do processo, sendo majoritariamente a verdade da acusação, permite exatamente a corroboração do estereótipo do delinquente, do culpado, daquele que mente, daquele que outrora, nos tempos da Inquisição, era considerado o herege. Porém, no fundo, tais estereótipos, sob as mais diversas categorias que já foram e continuam a ser enquadrados, representam apenas aqueles indivíduos que fogem aos padrões de conduta estabelecidos.

A corroboração desses estereótipos ocorre na medida em que essa verdade é utilizada para possibilitar ao juiz a produção de provas de ofício, com o intuito de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes - como assim o determina o artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal -; o que, por fim, nessa busca excessiva, acaba levando à condenação do réu. Isto porque em uma busca direcionada por uma hipótese já pré-determinada, o juiz acha o que ele quer; visto que, como dito anteriormente, a própria construção dos elementos probatórios não é tão imparcial quanto pretende afirmar-se.

Essa rotulação criminoso é construída ainda em contraposição ao estereótipo do inocente, do "cidadão de bem", daquele que diz a verdade e que teve seu direito violado. E, por isso, "merece" do Estado, em contrapartida à falha em seu papel de prevenção dos riscos, todo o seu esforço para encontrar a "verdade real" e dar ao crime um culpado. Dessa forma, tal construção discursiva permite ao poder punitivo exercer o seu papel repressor e com muito êxito retórico, na medida em que tal papel é almejado e, assim, legitimado pela própria sociedade.

Ademais, esse papel repressor é querido, e muito, pelo Estado, uma vez que lhe permite exercer, como disse Foucault (2011), um poder disciplinar sobre todo o corpo social, fazendo-o aceitar e se adequar às normas e aos padrões de conduta por ele estabelecidos; e, assim, socializando-o. Isto pois permite que paralelamente à institucionalização do risco, que se apresenta sob a forma do medo da criminalidade, o qual, por sua vez, legitima o aumento do seu poder punitivo, instale-se, na sociedade, o medo de ser punido. Medo este que surge da crença que essa sociedade tem na segurança e na certeza de que o Estado irá descobrir a "verdade real" e punir o "verdadeiro" culpado, e que, assim, cumpre a função de coagir as pessoas a se adequarem e a respeitarem as normas pré-existentes.

Além do mais, através da segurança jurídica trazida por esse discurso, o Estado Penal, para além de coagir, psicologicamente, o corpo social a não cometer crimes, promete "trazer a 'maior felicidade para os não delinquentes' (Bentham)" (CARVALHO, 2008, p. 166), tranquilizando a sociedade em sua insegurança. Promessa essa que se agrega à convicção, possibilitada pela Modernidade, principalmente após o advento da tecnologia punitiva, na ressocialização do delinquente através da pena, como uma possibilidade de dominar a natureza humana e exterminar o crime do convívio social (CARVALHO, 2008, p. 165-167). Dessa forma, através dessa crença, permite-se ao Estado Penal, sob mais uma forma, legitimar-se e aumentar o seu poder punitivo, o qual passa a ser considerado cada vez mais como imprescindível à segurança desta sociedade de risco.

### 3.6 - A verdade como um discurso necessário ao sistema

Tendo como ponto de partida todos os argumentos apresentados ao longo deste capítulo, percebe-se que o Estado penal, enquanto expressão do poder punitivo, procura a todo momento legitimar-se. Nesta medida, a verdade apresenta-se como um discurso extremamente necessário ao poder punitivo. Isto porque admitir sua inexistência, ou seja, que aquilo que se tem por verdades são construções linguísticas e, portanto, retóricas, faria ruir as bases sobre as quais o próprio sistema se assenta, qual seja, a possibilidade dele trazer uma segurança que só a verdade é capaz de dar. Ademais, tal admissão permitiria à sociedade e ao próprio poder punitivo enxergar suas limitações; o que, por consequência, acarretaria a perda de sua legitimidade ou, ao menos, o seu enfraquecimento.

Dessa forma, a potencialidade desse discurso que afirma uma verdade acentua-se ainda mais em decorrência do diagnóstico da pós-modernidade; que, caracterizada principalmente sob a forma de uma sociedade de incertezas e de risco, assimila essa segunda realidade artificialmente criada pelo próprio sistema penal, que lhe proporciona um prognóstico positivo face à suas carências, e a legitima. Isto porque tal realidade, que nada mais é do que uma construção retórica, oferece à essa sociedade a promessa de tranquilizá-la frente às suas incertezas e ao seus medos, principalmente através das noções de racionalidade e de segurança jurídica; apresentando-se, assim, como um sistema seguro, previsível e coerente.

Ocorre que o Direito Penal e Processual Penal, assim como o sujeito e o próprio conhecimento, não são capazes de se fundamentarem em verdades, muitos menos de alcançarem; visto que se relacionam com a realidade apenas através da linguagem e na medida em que são por ela intermediados. Dessa forma, remanesce-lhes apenas a possibilidade de lidarem com as noções de verossimilhança e de probabilidade; que, no entanto, geram uma "pequena inconveniência" à sua sede de sistema e à sua sede de verdade: deixam explícitas todas as suas limitações, as quais, por sua vez, eles pretendem ocultar.

Com efeito, o discurso da verdade a ser buscada dentro do processo penal apresenta-se como uma estratégia retórica que cumpre eficazmente a função de lhe fornecer uma roupagem racional, técnica e objetiva; visto que a noção de verdade está ligada ao

próprio conhecimento científico. E, nessa medida, é extremamente necessária ao sistema penal, pois possibilita ao poder punitivo legitimar-se, através da promessa de segurança jurídica que oferece. Segurança jurídica essa que, ao ser extremamente almejada por esta sociedade pós-moderna, permite ao poder punitivo se sustentar sobre os próprios valores compartilhados por essa mesma sociedade.

É precisamente sob tal conjectura que a busca de uma verdade real apresenta-se como um discurso extremamente exitoso, que, ao se adequar ao valores partilhados por seu auditório, além de persuadir, levando-o ao convencimento, é capaz de se mostrar necessária em razão de seus propósitos altruísticos.

## CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, a Retórica, como visão de mundo, apresenta-se como um instrumento bastante atual e apto a auxiliar na difícil tarefa de pensar a realidade, que muitas vezes é apresentada como algo dado e pré-definido. Isto porque, ao reconhecer a carência e a indeterminação que caracteriza os seres humanos, ela lhes permite enxergar as suas próprias limitações e o quão dependentes são da linguagem. Esta que configura-se como o único ponto em comum da realidade em que vivem, como assim estabelece Blumenberg, e como único meio pelo o qual se tem acesso à realidade, que justamente por ser intermediada por essa linguagem, é uma realidade artificial, na medida em que é construída discursivamente.

Mostrando, pois, que a realidade "em si" é inacessível ao homem, a Retórica permite questionar a noção de verdade como um conceito ontológico, como se tal verdade existisse fora e independentemente de si mesmo. Ao contrário, a Retórica revela que qualquer verdade que se procure afirmar é construída linguisticamente e que o seu estabelecimento como um conceito em si decorre do fato dela representar valores compartilhados e aceitos por uma determinada comunidade, que, de tão consolidados, passam a ser vistos como naturais.

Ensejando, assim, uma visão de mundo na qual não existe nada fora do contexto da linguagem, a Retórica permite que se desnaturalize conceitos e institutos, enxergando-os como construções linguísticas. Tal análise permite, pois, que se enxergue o discurso da busca da verdade real no processo penal como uma estratégia retórica. Isto porque, diante da constatação de que não existem verdades, mas que elas são frutos de acordos linguísticos, sendo, pois, precárias e contingenciais, a afirmação de tal discurso é uma construção feita pelo próprio sistema penal. Construção que, por sua vez, só é possível na medida em que encontra fundamento nos próprios valores partilhados pela sociedade atual - afinal, é sobre eles que o Direito se assenta -, que necessita da certeza e da segurança jurídica que só uma verdade é capaz de lhe prometer.

Ocorre que, para cumprir tais promessas, esse discurso deve ocultar seus próprios mecanismos de construção, ou seja, não deve ser apresentado como uma construção linguística; mas como uma realidade em si, na qual é sim possível ao juiz, enquanto sujeito de

conhecimento, e ao processo, enquanto método, descobrir verdades. E, na busca dessas verdades, faz-se necessário, pois, afirmar, em contrapartida, a imparcialidade desse mesmo magistrado, para que este não seja visto como aquele que estabelece uma verdade, a sua verdade - o que deixaria explícito o autoritarismo presente em tal conceito -, mas como aquele que busca e descobre "A" verdade real. Como se esta fosse uma entidade a ser procurada e achada em algum lugar da realidade, sem quaisquer interferências das próprias pré-concepções daquele que a procura - o que deixa, por outro lado, qualquer característica autoritária e impositiva do conceito latente.

É, justamente, sob essa perspectiva que afirmar uma verdade, principalmente uma verdade real em contraposição à formal, é interessante ao sistema penal e ao poder punitivo e, por isso, deve ser vista como uma estratégia retórica. Isso na medida em que permite racionalizar a sua função, como se fosse algo objetivo, previsível e quase científico, livre de quaisquer subjetivismos advindo de seus agentes. Tal racionalização possibilita, dessa forma, ocultar todas as práticas ideológicas que sustentam o poder punitivo; e tem, como consequência, a sua própria legitimação.

Como visto, para que tal discurso seja possível e, além disso, exitoso, necessário se faz ainda que se assente em valores compartilhados pela sociedade contemporânea, a qual se qualifica cada vez mais por aquilo que se chama de sociedade do risco. Tal discurso fundamenta-se, assim, no constante medo e na generalizada insegurança presentes e acentuados nesta sociedade pós-moderna, principalmente no risco da criminalidade, que passa a ser vista como um dos principais medos que a atormenta. Essa institucionalização do medo e da insegurança na sociedade pós-moderna ocorre em razão da incerteza que a caracteriza. Incerteza esta que resulta do desmoronamento dos pressupostos e das crenças sobre os quais se assentava o paradigma anterior, sobretudo da noção de racionalidade, cientificidade, previsibilidade, e progresso e da visão do homem como ser triunfante. Assim, adequando-se ao seu auditório, o discurso da verdade real torna possível a legitimação do poder punitivo e oportuniza inclusive o seu aumento.

Tal legitimação ocorre em razão do poder punitivo, através da busca da verdade real, oferecer exatamente aquilo que o homem pós-moderno é mais carente. Dessa forma, promete segurança e certezas. Promessas que são apresentadas sob a forma de uma segurança advinda na crença de que o sistema penal irá descobrir a verdade real do crime e punir os culpados; diminuindo, pois, os riscos e os medos advindos de uma aparente onda de



criminalidade. Ou ainda, visualizadas sob a forma de uma segurança jurídica que se apresenta como uma garantia tanto ao acusado quanto à sociedade, tendo em vista oferecer a certeza pela qual só será punido aquele que for realmente culpado. Por fim, tais promessas traduzem-se também sob a forma de uma certeza ainda maior de que há uma verdade a ser descoberta.

Todas essas promessas criam uma crença generalizada na bondade e nas virtudes do poder punitivo, que passa a ser visto como necessário; o que proporciona, por fim, a sua própria legitimação. Ademais, propicia ainda o seu aumento, uma vez que enseja a imprescindibilidade de se conferir ao magistrado iniciativa probatória. Isto porque, como afirmado por grande parte da doutrina processual penal e da jurisprudência brasileira, o interesse público que caracteriza o processo penal não possibilita ao juiz, como agente desse poder punitivo, uma postura estática.

No entanto, essa postura ativa e, diga-se, excessiva do magistrado ensejada pela busca da verdade real, transforma-o em um verdadeiro juiz-inquisidor, visto como sujeito apto a sair em busca das provas e descobrir a verdade. Uma verdade ainda que, em consonância à sede de verdade do próprio sistema, não pode ser apenas a formal, advinda dos elementos trazidos pelas próprias partes; mas se exige que seja a real, como forma de garantir a segurança jurídica.

Ocorre que tais prerrogativas que são conferidas ao magistrado, por fim, apenas ressuscitam os horrores da Inquisição, através da emergência de uma cultura inquisitiva. Cultura esta que apenas se reestrutura sob o paradigma moderno, pela substituição de um dogmatismo religioso por um científico, mas que permanece autoritária e violadora das garantias individuais do acusado.

É nesse sentido que a principal conclusão que se chega com o presente trabalho é que o discurso da verdade real é necessário ao sistema penal, constituindo-se como um instrumento que permite a sua própria subsistência. Isto porque, ao ocultar todas as práticas ideológicas que culminarão em uma "verdade", esse discurso transmite as sensações de segurança jurídica, de previsibilidade e de imparcialidade tão necessárias à sua sustentação enquanto sistema, que deve e quer ser visto da forma mais racional possível. Dessa forma, sob a aparência de um verdade real, que existe fora e independentemente de qualquer concepção do magistrado, tal construção linguística deixa latente o fato de que qualquer verdade dentro

do processo será sempre aquela estabelecida pelo juiz e posteriormente confirmada pelo tribunal.

Tais sensações geradas mostram-se necessárias também à sustentação do sistema penal enquanto poder punitivo. Isto em razão dessa aparente racionalidade que transmite deixar latente todo o autoritarismo presente em uma noção de verdade, que só é capaz de se afirmar através do seu contraste. Dessa forma, essa verdade sustenta-se em uma racionalidade binária; a qual, no estreito caminho que separa o certo do errado e o verdadeiro do falso, reduz toda a pluralidade que caracteriza o meio social. Através desse reducionismo, tal discurso constituiu-se como uma útil ferramenta para o controle social; ensejando, por meio do contraste que lhe é característico e o qual faz questão de evidenciar, a adequação e o respeito às normas e aos padrões de condutas pré-estabelecidos. Configura-se, assim, uma verdade que, sob a denominação de real, nada mais é do que a verdade da acusação.

É preciso, pois, como afirma Sobota e como toda a tradição retórica deixa evidente, manter-se cético em relação aos conceitos; sendo essa a conclusão subsidiária que se chega com o presente trabalho. Conceitos esses que, sob a sua aparente naturalidade e neutralidade, ocultam uma série de conflitos e disputas pelo poder e camuflam as ideologias que os sustentam; os quais são responsáveis por sua legitimação. Faz-se necessário, assim, questionar o conceito de verdade, seja lá em qual forma e denominação que ela apareça. Isto porque, sob sua aparente naturalidade e sob a suposta virtude de seus propósitos, no conceito de verdade encontra-se latente uma série de mecanismos de poder que buscam constantemente por legitimação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**9º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015. Disponível em: <[http://www.aprapr.org.br/wp-content/uploads/2015/10/anuario\\_2015-retificado.pdf](http://www.aprapr.org.br/wp-content/uploads/2015/10/anuario_2015-retificado.pdf)>.

ADEODATO, João Maurício. Conjetura e Verdade, *in*: ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica - para uma teoria da dogmática jurídica.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Retórica como metódica para estudo do direito.** Revista Sequência, nº 56, p. 55-82, jun. 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, versão e-book.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica.** Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal - Tomo I.** 1. ed. Editora Campus Jurídico, 2014, versão e-book.

BARATTA, Alessandro. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal.** Fascículos de Ciências Penais, ano 6, v. 6, n. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto.** Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

\_\_\_\_\_. **Tempos Líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. **Sistema Acusatório: (Apenas) Uma necessidade do Processo penal Constitucional**. Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología, 2007. Disponível em: <<http://www.marcoseberhardt.com.br/publicacoes/artigo/Sistema-Acusatorio.pdf>>.

BLUMENBERG, Hans. Una aproximación antropológica a la actualidad de la retórica, *in*: BLUMENBERG, Hans. **Las realidades en que vivimos**. Trad. de Pedro Madrigal. Barcelona: Paidós, 1999.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir, *in*: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (1973). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal** (1941). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal** (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp: 1445776 RS 2014/0070304-6**, Relator: Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Data de Julgamento: 16/06/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/06/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 109713**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2013 PUBLIC 06-03-2013.

BRETON, Philippe; GAUTHIER, Gilles. **História das teorias da argumentação**. Trad. de Maria Carvalho. Lisboa: Bizâncio, 2001.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 46, n.183, p.103-115, jul./set. 2009.

DESCARTES, René. **Regras para a direção do espírito**. Texto Filosóficos, Edições 70. Disponível em: <<http://www.revistaliteraria.com.br/DescartesRegras.pdf>>.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil - teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Volume I. 12. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2010.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n.748890, 20130020291589HBC**, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 09/01/2014, Publicado no DJE: 15/01/2014. Pág.: 136.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n.782321, 20130130091563APR**, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 24/04/2014, Publicado no DJE: 02/05/2014. Pág.: 133.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado - Volume II**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir - história da violência nas prisões**. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação a norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

GEHLEN, Arnold. **Antropología filosófica: del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo**. Trad. de Carmen Cienfuegos W. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

GIACÓIA Jr., Oswaldo. **Nietzsche**. São Paulo: Publifolha, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOBSBAWN, Eric J. **Era dos Extremos : o breve século XX - 1912-1991**. Trad. de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal : para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Juízes inquisidores? e paranóicos : uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, v.3, n.10, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES FILHO, Evaristo de. (organizador). **Auguste Comte: sociologia**. 3. ed. São Paulo: Editora Ática, 1989. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**. 1877. Disponível em: <<http://ghiraldelli.pro.br/wp-content/uploads/genealogia-da-moral.pdf>>.

\_\_\_\_\_. **Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral**. Disponível em: <<http://www.filosofiaparatodos.com.br/resumos/sobre-verdade-e-mentira-no-sentido-extra-moral/>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Código de processo penal comentado***. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PERELMAN, Chaïm; OLBRESCHTS-TYTECA, Lucie. O. **Tratado da Argumentação**. Trad. de Maria E. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. **Górgias**. Trad. de Carlos Alberto Nunes. Disponível em: <<http://br.egroups.com/group/acropolis/>>.

PLEBE, Armando. **Breve História da Retórica Antiga**. Trad. de Gilda Naécia Maciel de Barros. São Paulo: EPU, 1978.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito. In: Conpedi/UFSC. (Org.). **Direito, Educação, ensino e metodologia jurídicos**. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2014.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**. 2011. [143] f. Tese (doutorado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **La transición posmoderna: Derecho y política**. Cuadernos Doxa. Alicante: n. 6, p. 223-263, 1989.

SOBOTA, Katharina. **The rhetorical construction of law**. in: International Journal for the Semiotics of law. Vol. V, n. 13, p. 39-54, 1992.

TAVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2013.

TOURAINÉ, Alain. Primeira parte: A modernidade triunfante, I - As luzes da razão, *in*: ***Crítica da modernidade***. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).